בס"ד

תשובות ובירורי
פסקי דין
של בית דין צדק

גבעת
המורה



מאתי

יעקב מארקאוויטש

ספד"ד בבי"ד

בס"ד

מטרת קביעת בית-דין "גבעת המורה"

אשריך ארץ שמלכך בן חורין (קהלת י, יז)

מלך במשפט יעמיד ארץ, ואיש תרומות יהרסנה (משלי כט, ד)

ברוך השם אשר שם חלקי מיושבי בית המדרש, וכאשר רבו ימיי ושנותיי אשר זכיתי ללמוד בכמה כוללים שונים, אמרתי אני אל לבי כבר אמרו רבותינו: הרוצה שיחכים חכמת התורה, יעסוק בדיני ממונות (ב"ב קעה:) ופניתי את לבי ללמוד שו"ע חושן משפט ברוב שעות היום. אך אמרתי הנה אין לימוד כלימוד למעשה, כי זהו התכלית של לימוד התורה, וכמו שאומרים (באהבה רבה) ללמוד וללמד לשמור ולעשות, ואין לך בירור גדול ומעמיק, כבירור למעשה. גם ההבנה אינה מושלמת, רק כאשר מתבצע באופן מעשי.

מחמת כל זה, חשבתי שהמקום הכי מוכשר להשלמת תכלית נרצה הלז, היא לשמש בתור מה שקורים היום "טוען רבני". ויהי כאשר באו אליי רעיי והגידו לי את הדין ודברים אשר לפניהם, אזרתי חיל ולמדתי היטב כל הסוגיות המשתייכים לזה, עד אשר נתלבנו אצלי כל צדדי הסברות שאפשר לזכות את בעל דיני. ויהי כאשר באתי ברוב תמימותי אל "הבית דין", עמדתי משתומם כי צד השני כלל לא הגיע! [רק הטוען שלו] ואמרו לי נו... נתחיל כך. בעל דיני אומר הסיפור, והוא [טוען שבצד השני] מכחיש ואומר לא כך היה... וכו', 'אבסורד' הוא לא היה שם, אבל אומר סיפור שלם, והבית דין שומעים, כאילו מגידים פה משהו. אני בתומי עדיין חשבתי שכאן המקום לברר הדין, אמרתי אם הסיפור היה כך וכך, א"כ הו"ל אסמכתא! לא היססו הדיינים להשיב תיכף ומיד: מה זה אסמכתא? זה לא שייך פה! כנראה מעולם לא הבינו על בוריו מושג של אסמכתא.

לא הרפיתי את מלאכתי כי חשבתי אך מקרה היא בלתי טהור, ואלכה נא אצל הגדולים [אשר לא אזכיר שמם מפני הכבוד], ונשתוממתי והתאכזבתי שוב הפעם. כל דמיוני שבית דין הוא מקום שמבררים שם סברות דקות התלויים באובנתא דליבא של תלמיד חכם המייגע בתורה, או מכריעים שם בין קצות לנתיבות. מבררים אם זה קנין דברים, אסמכתא, סוגית בר מצרא, או אפילו דבר פשוט כזה של גביית חוב ברור שדינו מפורש [מסדרין לבע"ח מזון ל' יום] הכל בכל מכל נפל בבירא עמיקתא. אף דבר הכי יסודי ו'אלמנטי' והיא להציל עשוק מיד עושקו, גם זה אין לו שום מקום כלל במקומות הנקראים בית דין.

וכדי לפשר חידה סתומה זו, מה זה ועל מה זה? הכי הדיינים הם מטומטמים? הכי חסר להם המידע? הלא הם אנשי כשרון והרבה מהם בעלי מסחר

וכו׳. עד שנתברר לי פתרון חלום הזה. והיא מלה אחת, אין אלו אנשי חיל. אך יש בה כמה פרטים ונאריך קצת.

מכיון שכל אלו הדיינים לוקחים כסף מאת שני הצדדים [ונניח בשווה ממש] יש להם בעיה גדולה להגיד לה״גנב״ אתה גנב! ואף כי עין בעין איש פלוני הוא חייב, הם מרגישים בעצמם ׳גילטי׳ בלע״ז לומר לו, ומה עוד אם הוא איש נכבד בהקהילה, שנותן תרומות ונדבות כשהרב משיא בניו ובנותיו וכו׳, איך יעיז הרב פניו לומר לו: ׳יו דונט מאיק עני סענס׳! ותחת זה יחניף לו, וירצה ״להבין״ כל הצדדים [כאילו יש כאן מה להבין] ואחר כמה וכמה ישיבות [שכבר השתלם קצת] יוציא הרב פסק דין של פשרה אף בחוב ברור [כל זה הוא אצל כל בתי דינים], ומצטדק בלבבו לאמר פלוני עני הוא, ועוד כמה אמתלאות, אך הסיבה האמיתי הוא שאין להרב שום מרץ וכח לעמוד כנגדו כלל וכלל, ומפחד מה יאמרו ומה יאמר פלוני ופלוני ופלוני. ועם כל פחדים הללו הנוקפות בליבו, מוציא פסק דין [שלא בטובתו, כי לדידיה ניח״ל שלא להוציא שום פסק דין לעולם, ודבר הכי נוח לו הוא: שבישיבה האחת עשרה לא יופיע אחד מהצדדים, ואותו הצד אומר שלא מוכן לבא. וממילא אי-אפשר להוציא שום פסק, ובזה נפטר הרב מכל שלא הכאיב ח״ו ולא פגע בכבוד שום בן אדם במהלך הדין. רק הרוויח קצת כסף ביני לביני].

יש עוד סיבה, אך אינה עיקרית. והיא שיש רבנים [וביותר המתחילים ואכמ״ל] רוצים להראות חריפותם, וכאילו יש כאן איזה דבר חריף ובלתי מובן ״לסתם בני אדם״, וחושבים שבכל דין תורה, הם חייבים להצליח לפרש הדבר עם איזה גאונות או חריפות, ובזה הם מתחשבים ונראים כגדולי המחשבה, בעיני הבע״ד. ועל כן אם הדבר [וכן הוא בתשעים אחוז של דיני תורה, ואכמ״ל] הוא ״שחור ע״ג לבן״ הם מתאמצים בכל כח לבנות מגדל שוא ופלפול וחריפות של הבל, וראשו השמימה, כדי להתפאר בעיניהם ולעשות רושם בעיני בע״ד.

כאשר הגעתי לעשות בי״ד של שלשה הדיוטות ככתוב בשו״ע שבזמן הזה אין לנו סמוכין וכל שלשה הדיוטות כשירין, וכמובן בלי קבלת שום שכר, ראיתי את גודל הביקוש ואיך שבני ישראל קדושים הם, ומרגישים את הבעיה היטב, אך אין בידם לעשות כלום לתקן. וברוך השם עלה בידינו לפסוק הדי״ת מיד לאחר הישיבה, ואין עלינו שום עול ומשא ולחץ לעשות הרבה יישובים על דברים שאין בהם ממש, באופן שבישיבה השמונה לא זוכרים כלום מהטענות של הישיבה מלפני שנה, רק תיכף ומיד אחר ישיבת בי״ד יכולים לסיים הדבר ולשלוח פס״ד, וכן נמי דבר שצריך או שמועיל, אם רואים העניין במו עיניים כגון סכסוך בית חצר וכו׳, אין שום בעיה לרדת עם כל הדיינים יחד ולראות מה

שמדובר פה ובדרך כלל ראייה אחת שוה מאה דיבורים (כי לא מדובר באיזה אנשים יקרי ערך שזמנם יקר מאד ואינו לפי כבודם כלל וכלל לרדת וללכת אצל בנין פלוני ופלוני, ומוטב להם לישב פה, ולחקור כמה חקירות פילוסופיות ותיארטיות, ולהאריך בסברות שונות, מלעשות סקירה קלה בדירה פלונית, במזגן פלוני, הבית, עלייה, והאמבטיה החמה היא או קרה, וכדו'), אף דבר שצריך 'ריסערטש' בלע"ז אין שום צורך לדחותו ולהאריך ולאחר הפס"ד בבחינת כל המאחר הרי זה משובח, ובידינו לסיים הדבר ללא כל דיחוי ומבלי לעשות שום עינוי הדין.

ואגיד אך עובדה באחד שבא לפנינו ונתברר הדבר שהוא גנב איזה סכום ממון, ופסקו הדיינים דברים כהווייתם "חייב אתה לקיים והשיב את הגזילה", הדבר היה בושה נוראה לו, כי איש נכבד הוא, והראה פנים זועפות ורוגזות. אך לבסוף ציית להפסק, והשיב הממון שגזל. לאחר זמן, נשלח תביעה מאתו על אחר. ותמהנו איך זה האיש אשר כביכול שונא אותנו, שוב חוזר אלינו? והתשובה היא אחת: התברר לו, כי אם הוא באמת צודק, אז אין שום בעיה! אף שגזל מאה פעמים ואחת!

בעז"ה עד הנה כבר פסקנו על יותר מאלפיים דיני תורה, ונתקבלו בעיני הטוען ונטען. מן אותן שאלות שנתברר אצלנו, העליתי על הכתב איזה מהן, לאחר בירור וליבון הסוגיות והפוסקים אליבא דהלכתא בסייעתא דשמיא, והנני נותן אותם לפניכם היום ברכה, והם בבחי' מיעוט המחזיק את המרובה, ועל כן נקווה להדפיס במשך הזמן עוד מהני מילי דשמיא. תקוותנו אדירה שנזכה בעז"ה להמשיך בעבודתנו לטובת הכלל, וכדי להקל מעל ראש אחינו בני ישראל הזקוקים לשמוע ולקבל פסק דין בחלקי חושן משפט, ואבן העזר.

א"ד הכו"ח בחודש אייר תשע"ו לפ"ק

יעקב מארקאוויטש

תוכן הענינים

סימן א'

סימן ב'

סימן ג'

סימן ד'

סימן ה'

סימן ו'

סימן ז'

סימן ח'

סימן ט'

א. מה הדין בקבלן שחזר באמצע המלאכה אחר שכבר קיבל המעות מיד בעה"ב, אם חייב הקבלן להחזיר המעות שקיבל (בשביל מה שכבר עבד) במקום שגרם הפסד לבעה"ב בחזרתו.

ב. ומה הדין בשאר דברים כגון שכירות בתים או שכירות מטלטלין אם אחד חזר בו וגרם היזק והפסד לחבירו

סימן י'

סימן י"א

סימן י"ב

סימן א'

נושא הדיון: מה דינו של מזיק בבעלים (בשומר)

שאלה:

לפנינו התדיינו הצדדים בדין ודברים שביניהם, שאחד השאיל רכבו לחבירו ללמוד בה ולהרגיל עצמו היאך להנהיג מכונית, וכיון שלהשואל היה רק Drivers Permit, היינו שלא היה השואל רשאי על פי חוקי המדינה להנהיג בעצמו לבד, על כן ליווה המשאיל את השואל בנסיעתו כדי להשגיח עליו, והזיק השואל את הרכב, ותובע עתה צד א' המשאיל את צד ב' השואל כל מה שהפסידו.

תשובה:

דין פשיעה בבעלים

בגמ' בבא מציעא (צה ע"א) נחלקו רב אחא ורבינא בדין פושע בבעלים, אם חייב או פטור. והגמרא תולה את מחלוקתם אם מקרא נדרש לפני פניו, וא"כ כי כתיב בעליו עמו לא ישלם אחיובי שומר חנם נמי כתיב. ולהלכה הובא בשו"ע (חו"מ סי' שמו ס"א) שאם היו **בעליו עמו פטור אף בפשיעה**, שכל היכא דפליגי רב אחא ורבינא הלכה כדברי המיקל בממון.

חיוב פשיעה אם הוא מדין מזיק

והריטב"א (בבא מציעא נו ע"א ד"ה שומר חנם) מפרש סברות החולקים, דמאן דפוטר פשיעה בבעלים ס"ל שפושע אין לו דין מזיק, [ולכן דרשינן הקרא לפני פניו, דכשם שפטרינן החיובים שבשואל ושומר שכר ע"י שמירה בבעלים, ה"נ חיובי ש"ח]. ומאן דמחייב פשיעה בבעלים מחייב מטעם מזיק, [ועל כן לא דרשינן המקרא לפני פניו], שאה"נ דאימעוט בעלים מחיובי שומרים, היינו מה שחידש בקרא החיוב, כגון ש"ש על גניבה ואבידה ושואל אפי' אונסין, אבל **פשיעה חייב מטעם מזיק** מסברא דנפשיה, וע"כ לא מיפטר בבעלים.

אולם בהשגות הראב"ד (הלכות אישות פכ"א) מבואר להיפך, שחולק על דברי הרמב"ם שהביא הירושלמי **בהאשה ששברה כלים בביתה שפטורה**, ואין זה מן הדין אלא תקנה, שאם אין אתה אומר כן, אין שלום בתוך הבית לעולם, אלא נמצאת נזהרת ונמנעת מרוב המלאכות ונמצאת קטטה ביניהם. והשיג עליו הראב"ד, אמר אברהם לא מן השם הוא זה, אלא מפני ששמירה בבעלים, שהוא שכור לה כל שעה עכ"ל. א"כ להראב"ד מבואר **שאף על מזיק בידים איכא פטור של בעליו עמו**, ולכן אשה אינה חייבת על שבירת כלי בביתה, כיון שבעלה שכור לה. וגם המ"מ החולק שם על הראב"ד מהטעם שהבעל אינו שכור

להאשה אלא בשעה שמתעסק עמה בצרכיה, משמע שג"כ מודה להראב"ד בזה, שהפטור של בעלים אמור גם במזיק. [ועיין במל"מ שם שמחלק בין מזיק בכוונה לשלא בכוונה].

והרמב"ם (הל' שכירות פ"ב) כתב מסברא דנפשי' שפושע אינו חייב מדיני שומרים, אלא מדין מזיק, וז"ל, יראה לי שאם פשע השומר בעבדים וכיוצא בהן חייב לשלם, שאינו פטור בעבדים וקרקעות ושטרות אלא מדין גניבה ואבידה וכו', אבל אם פשע בה חייב לשלם, שכל **הפושע מזיק הוא**, ואין הפרש בין דין המזיק קרקע לדין המזיק מטלטלין, ודין אמת הוא זה למבינים, וכן ראוי לדון עכ"ל. והראב"ד בהשגתו חולק **שאין פושע מזיק**, שאם היה כן, פשיעה בבעלים למה פטור. ולכאורה נראה זה כסותר לדבריו שכתב בהל' אישות באשה ששברה כלים בידים דפטורה מן הדין שאפי' מזיק פטור בבעלים. והרי"ף וכן תוס' (שם נז ד"ה שומר) חולקים על הרמב"ם וסוברים דאפילו שומר שכר אם פשע לא משלם בקרקעות ועבדים ושטרות, דהכלל ופרט וכלל ממעט מכל חיובי שומרים, אפי' מפשיעה. ולכאורה לפי דבריהם פשיעה אינו מטעם מזיק.

והש"ך (חו"מ סי' סו ס"ק קכו) וכן הובא דבריו בנתיבות המשפט (סימן שא סק"א) מתרץ קושית הראב"ד על הרמב"ם ומחלק בין פשיעה בבעלים לעבדים וקרקעות ושטרות, דאה"נ דשומר חנם חייב אפשיעה מסברא דנפשי' כיון שהתחייב את עצמו לשמור ופשע ולא שמר הוי מזיק, והכלל ופרט וכלל אינו אלא ממעט משבועה, ובגמ' כתיב שפטור מלישבע שלא פשע, אבל אם מודה שפשע חייב לשלם, אבל לגבי פשיעה בבעלים אמרינן וי"ו מוסיף על ענין ראשון, וע"ז קאמר הקרא אם בעליו עמו לא 'ישלם' ולכן פטור הקרא מתשלומין. אך עדיין צריך להבין, כיון שפושע חייב מטעם מזיק ואיניש דעלמא נמי חייב מסברא, בלא פרשת השומרים, א"כ היאך יכול לומר שפטור בבעלים מהקרא שנדרש לפני פניו, הא הוא חייב מטעם מזיק ואדם מועד לעולם, ויליף לה ממכה בהמה ישלמנה.

והראשונים והאחרונים הקשו על הרמב"ם מהגמ' (ב"ק סב ע"א), אמר רבא הנותן דינר לאשה ואמר לה הזהרי בו של כסף הוא, הזיקתו משלמת דינר זהב, משום דאמר לה מאי הוה ליך גביה דאזקתיה, פשעה בו משלמת של כסף, דאמרה לו נטירותא דכספא קבילי עלי דדהבא לא קבילי עלי. משמע מהכא שפושע אינו מדין מזיק. וקשה נמי על הרמב"ם מהגמ' סוף פרק החובל (שם צג ע"א), ההוא ארנקא דצדקה דאתי לפומבדיתא, אפקדה רב יוסף גבי ההוא גברא, **פשע בה** אתו גנבי גנבוה, חייביה רב יוסף, א"ל אביי והתניא לשמור ולא לחלק לעניים, א"ל עניי דפומבדיתא מיקץ קיץ להו ולשמור הוא. הרי בפירוש חזינן שאפי' היכא שפשע פטורים בהקדש. ואי אפשר לומר שפשע איירי פשיעה דשומר שכר דהיינו גניבה, שלא נזכר בגמ' שר' יוסף שילם לההוא גברא לשמור, א"כ שומר חינם הוא, ועוד שהלשון 'פשע' בה משמע סתם פשיעה.

ושומר שמסר לשומר בעבדים שטרות וקרקעות איתא ברמ"א (חו"מ סי' שא ס"א) בשם הרא"ש שחייב דגרע מפשיעה. והש"ך הקשה שאליבא דרבא [דהלכתיה כוותיה] שבעלמא במטלטלין אמרינן שומר שמסר לשומר חייב לשלם משום שהמפקיד לא מהימן השני בשבועה, ואם היה עדים שנאנס או שהמפקיד רגיל ג"כ להפקיד עם השומר השני אז פטור מלשלם, ולא אמרינן שחייב כיון דתחילתו פשע במה שמסר לשומר אחר וסופו באונס, א"כ מוכח מזה היכא שמסר לשומר אחר אין זה פשיעה, א"כ למה אמרינן שחייב בעבדים שטרות וקרקעות, ואפי' אליבא דאביי דשומר שמסר לשומר דחייב, משום אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, א"כ פושע הוא במה שנתן ביד האחר, אבל לא גרע מפשיעה, ואמאי חייב בעבדים שטרות וקרקעות, הלא אימעוט הקרא מחיובי שומרים.

ובשו"ע (סימן רצא סעיף כו) הביא המחבר שיטת הרמב"ם דשומר שכר שמסר לשומר חינם **שמיעט בשמירתו** אע"פ שרגיל הבעלים להפקיד נמי אצל השני, פושע הוא הראשון ומשלם, **'אע"פ ששאל או שכר בבעלים'**. משמע מהרמב"ם דדוקא אם מיעט בשמירתו, אבל אם מסר לשומר אחר שוה לו בחד דרגא, עדיין איכא פטור דבעלים. והרא"ש הנ"ל מחייב בעבדים שטרות וקרקעות בשומר שמסר לשומר **ולא מחלק כלל אם פיחת בשמירתו או לא.** וההמ"מ פירש סברת הרמב"ם שמה שנתן לשומר אחר כאילו נעשה קנין ושומר מחדש ואפיק ליה מבעלים. ולפ"ז אפילו אם מסר לשומר אחר דכוותיה, נמי חייב. [ובנה"מ (שם סק"ל) מפרש שדוקא אם פיחת בשמירתו אז נפקא ליה מרשות שומר הראשון ונעשה קנין מחדש בלי בעלים, אבל אם מסר לשומר דכוותיה, ה"ה כחזר והשאיל ע"ד ראשונה ומיפטר בבעלים].

ובכ"מ מפרש דעת הרמב"ם באופן אחר, שבזה שמסר לשומר אחר ופיחת בשמירתו **מיקרי מזיק וחייב בבעלים**. גם זה צריך להבין כיון שהשומר הראשון כשנשאר ברשותו היה פטור אפי' מפשיעה שהיה בעליו עמו במלאכתו, א"כ אפי' אם מסר אח"כ לש"ח לא גרע כלל בשמירתו, ולמה נקרא מזיק. ואפשר לומר שהמקור של הרמב"ם הוא מהגמ' בפרק המפקיד (לו ע"א), הנהו גינאי דכל יומא הוו מיפקדי מרייהו גבה דההיא סבתא, יומא חד אפקדינהו לגבי חד מינייהו, שמע קלא בי הלולא נפק אזל אפקדינהו לגבה דההיא סבתא, אדאזל ואתא **אגנוב מרייהו**, אתא לקמיה דרב ופטריה, מאן דחזא סבר משום שומר שמסר לשומר פטור, ולא היא שאני התם דכל יומא נמי אינהו גופייהו גבה דההיא סבתא הוו מיפקדי להו. והנהו גינאי שותפים נינהו, וכל שותפין שהתחילו להתעסק ביחד, אפי' אם אח"כ נתעסק כל אחד לבדו פטורים משום שמירה בבעלים, ובנתה"מ (סי' שמו סק"ג) כתב שהשותפים משעבדי זל"ז בכל שעה אילו נזדמן צורך השותפות, ואפ"ה חייב אם מסר לשומר אחר, על כרחך הוא מטעם מזיק.

אמנם אפשר שאינו ראיה מהכא, שבשותפים אמרינן שנעשים

ש"ש זל"ז, ובמה שמסר להיא סבתא מיעט בשמירתו, דהסבתא ש"ח היא, ולהכי חייב **כיון שפיחתו בשמירתו** וליכא פטור בעלים, **ולא מטעם מזיק**, ולמעשה פטרינן התם רק מטעם משום שבכל יומא איפקיד גבה אלמא לא הקפידו הגינאים לשמירה מעולה של ש"ש ולכן פטור.

דרגות בפשיעה ודרגות במזיק

ונראה לומר ולייׁשב הכל, שיש ב' דרגות בפשיעה וב' דרגות במזיק, יש שומר שפשע במה שלא שמר כדרך השומרים, כמבואר בפרק המפקיד (מב ע"ב) ומוכח מכל הסוגיא שם ממעשה דקרטליתא וכדו' שיש אופני שמירה לכל דבר, ואם לא שמר כדרך השומרים, כגון שלא הטמין כספים בקרקע, וכן כל הדומה לזה, מיקרי פשיעה וש"ח חייב אם פשע. אלמא שיש דינים מיוחדים על השומר לשמור כדרך השומרים ואם **לא שמר כדרך השומרים פושע הוא**. ובפשיעה כזו אמרינן שפטור בעבדים שטרות וקרקעות מהכלל ופרט, ואפי' להרמב"ם אפ"ל שפטור, ומוכח כן מהסוגיא בסוף החובל פשעו בה בהקדש ואמר אביי שפטור בפשיעה. ומאידך יש פשיעה בשומר המבוסס על חזי דעלך קא סמיכנא, **ודומה יותר למזיק**, כגון אם השומר הניח החפץ ברה"ר שהוא מקום הפקר שחשיב אבידה מדעת ומזיק הוא, וע"ז כתב הרמב"ם שחייב אפי' בעשו"ק מטעם מזיק שקיבל עליו לשמור ובעה"ב סמיך עליו ומזיק ליה, והכי נמי אסיק הרמב"ם גופי' שמדמה פושע זה לאוביר ולא אעביד. וכן נמי דומה למראה דינר לשולחני בחזי דעלך קא סמיכנא. הגם שבעשו"ק פטר הכתוב מהשבועה שלא פשע, אבל אם יש עדים שפשע או הודה מעצמו שפשע באופן זה חייב מטעם מזיק. ואפי' בבעלים לא איפטר מפשיעה כזו, כמבואר בתשובות חתם סופר (חלק חו"מ סימן קנו) שכתב שותפים נעשים שומרי שכר זל"ז, ואם התחילו להתעסק ביחד הוה שמירה בבעלים, ואפ"ה **אם שינה האחד חייב** ג"כ מטעם מזיק, וכן נמי מבואר בהגרע"א (חו"מ סי' שט), עיין בפתחי תשובה (סי' קעו).

ובזה נוכל נמי לתרץ אמאי חייב שומר שמסר לשומר, מכיון שמסר לאדם (שומר) אחר ג"כ מיקרי מזיק ושינה מדעת הבעלים א"כ חייב, וכאבידה מדעת הוא. ומה שכתב הרמב"ם דוקא אם מיעט בשמירתו, היינו אפילו אם נתן לשומר שרגיל הבעלים להפקיד אצלו אז חייב דוקא אם פיחת בשמירתו, שאה"נ שהשומר הראשון פטור בבעלים בכל זה, הפטור הוא דוקא מתשלומין, אבל אכתי יש עליו חיוב לשמור שמירה מעולה, ומה שפיחת בשמירתו שנתן להשני באופן שמיעט בשמירתו איקרי מזיק בידים, ואפי' אם אירע אונס, יכול המפקיד לומר לו אם היה ברשותך לא היה אירע הנזק, וממילא חייב לשלם כדין תחילתו בפשיעה כעין מזיק וסופו באונס, ולפי"ז צריך לאוקמי העובדה דסבתא שלא פיחתו בהשמירה. אמנם זה צריך עיון לדינא אם יכול לומר כן, שנחשב כמזיק אפילו אם החפץ הוזק ע"י אונס.

ובמזיק בידים איכא ג"כ ב' דרגות, **יש מזיק שהוא כעין גניבה**, כגון

המעביר חבית בסוף השוכר את האומנין, אע"ג דיליפינן מפצע תחת פצע שאדם מועד לעולם, אבל **באונס** גמור פטרינן שם אדם המזיק, עיין בתוס' שם, ואו"כ באשה ששברה כלים בכגון זה פטור בבעלים, **ובשאר כל המזיקים אדם מועד לעולם** אפי' ברוח שאינה מצויה.

ובנידון דידן בנוסע ברכב דצריך להיות נזהר ביותר כשמנהיג הרכב, ומשום שלא היה לו זהירות יתירה מתוך כך נגרם לה נזק, א"כ חייב מטעם מזיק בידים ואין כאן פטור בעלים.

ולסניף בעלמא היה נראה שאפשר לחייב את השואל כאן אפי' אם אירעו אונס, שדומה לגמ' בהשואל (צז ע"א) במרימר בר חנינא שאוגר כודנייתא בי חוזאי, ונפק לדלויי טעונה בהדייהו, פשעו בה ומית, וחייב רבא משום דלמיסר טעונה הוא דנפק, היינו שהמשאיל סייעו להנאתו שלא ירבו עליו המשוי יותר מדי. והכי נמי הכא שצד א' **הבעלים הלך עם השואל** צד ב' וכוונתו הי' **כדי להשגיח על שלו**, א"כ כל כוונתו היתה להיות עם השואל לטובת ולשמירת החפץ, וא"כ אינו מיקרי שאילה בבעלים.

סימן ב'

נושא הדיון: האם המוכר יכול לשייר לעצמו אויר החצר ולעכב מהלוקח מלבנות שם

שאלה:

באו לפנינו והתדיינו מוכר ולוקח בדין ודברים שביניהם, שמכר המוכר בית הסמוך לביתו בו הוא מתגורר, והלוקח רוצה לבנות הרחבה לביתו וטענתו עמו שאין המוכר יכול לעכב עליו מלעשות שום דבר ברשותו שהרי שלו הוא. וטענת המוכר שהניח לעצמו זכות שימוש באויר בהחצר של הלוקח (Easement of Air and Light), ורוצה לעכב עליו מלהרחיב ביתו כדי שלא יסתום את אוירו.

תשובה:

שיור בדבר שאין בו ממש

הנה בבבא בתרא (קמח ע"ב) מבואר דיכול המוכר לשייר הדיוטא (שורת אבנים) לעצמו, והשיור בדיוטא מהני לרב זביד להוציא בה זיזין. ומפרש הרשב"ם להוציא ממנה זיזין לחצר. כלומר דאיירי שמכר הבית והחצר, והתנה על מנת שדיוטא העליונה של הבית שלי להוצאת זיזין ממנה להחצר, ומשייר לעצמו השתמשות האויר הבית והחצר. ור"ת פירש דיכול ג"כ להכביד הזיז על הבית, ומיירי שמכר רק הבית, והתנה המוכר שמשייר דיוטת הבית לעצמו, ויכול להכביד זיז שלו מן החצר שלו על כותל הבית. ולפי דעת ר"ת צריך לומר שהזיז דבר שיש בו ממש הוא, וכאילו יש להמוכר חלק בהבית עצמו. אולם חזינן בגמ' דאם אמר בית לאחד ודיוטא לאחר לא מהני, משום דדיוטא לחוד דבר שאין בו ממש הוא, ומשייר לפניו רק אויר הבית או החצר, ודלא כר"ת. וכן נמי מבואר בסוגיא (שם סג ע"א סד ע"ב) דיכול הלוי המוכר לשייר לעצמו המעשר, באומר על מנת שהמעשר ראשון שלי ואפילו דעדיין לא בא לעולם, והוא דבר שא"ב ממש.

ובריטב"א ובר"ן במעשה דבן לוי (שם) מבואר דהאי על מנת כוונתו של המוכר לשיור, ולא בדרך תנאי (שאם לא קיים תנאו יבטל המכירה). וברבינו יונה מבואר עוד, דאפי' להסוברים בחולין (קלד ע"א) דכל לשון על מנת תנאי הוא, הכא כו"ע מודה ששיורי משייר, דאל"כ אסור ללוי להתנות כן, שזה ככהן המסייע בבית הגרנות, והמכר קיים והתנאי בטל, ועכצ"ל דהוא בתורת שיור. ובגמרא (שם קמח ע"א) מבואר, דלאו דוקא בלשון על מנת, דאפילו אמר "חוץ" מהני **לשייר לעצמו** מקום לזכות בדבר שלא בא לעולם **ובדבר שאין בו ממש**. והובא שם בשיטמ"ק בשם

הראב"ד דכל לשון מהני, דכל לגבי נפשיה שיורי משייר בגוף הקרקע, ולפי"ז בנד"ד יכול המוכר לשייר לעצמו אפי' דבר שאב"מ.

אי מהיום ולאחר מיתה הוי בתורת שיור

ובתשו' הגרע"א (תנינא סימן פח) סובר דבמהיום ולאחר מיתה נמי מהני בתורת שיור שמשייר הפירות לפניו, וחולק על דעת הבית מאיר הסובר שמהיום ולאחר מיתה הוי קנין שמתחיל היום לגוף, ונגמר לאחר מיתה לפירות, ולא מטעם שיור קאתינן עלה. ולרעק"א, הוי קנין גמור, שהלה זכה בקרקע ובפירותיו, רק שהמוכר משייר מקום צמיחת הפירות כדי לקנות הפירות שיגדלו בו כל ימי חייו. ואין שום נפק"מ [באיכות ההקנאה והבעלות] בין מהיום ולאחר מיתה, למי שמכר "הכל" וחזר הלוקח והקנה להמוכר "מקום פירי" כדי שיזכה בפירות לזמן מסויים.

ולכאורה דבר פשוט הוא שיכול אדם לשייר לעצמו **חלק מהקרקע** הדיוטא העליונה או חלק מהרווחים של השדה, והחידוש כאן, שהמוכר לא שייר לעצמו שותפות בהקרקע ממש, דבן לוי שמכר ע"מ שהמעשר שלו היאך יכול הישראל לתקן פירותיו ע"י פירות ששייכים ללוי, ולכן צ"ל שמשייר **זכות בהקרקע** לזכות בהמעשר, אחר שיפרשנו הישראל, או כח בהבית, לזכות באוירה, ואפילו יותר מזה כתב הרשב"ם דאפילו המוכר ישראל יכול **לשייר לעצמו טובת הנאה** ליתן תרומותיו לכהן שלו. (ועיין בחזון איש דמאי י"ד).

היוצא לנו מכל הסוגיא דאם משייר אדם דבר שלא בא בעולם או דבר שאין בו ממש, כגון אויר במכירת קרקע להשתמש בה כדלעיל, אפילו שלא אמר בלשון המועיל, אמרינן דלגבי נפשי' שיורי משייר מקום בחצר, ומהני להשתמש באוירה לתלות בגדים או להכביד על הכותל. אמנם לכאורה אין הדברים דומים זל"ז דכל הדוגמאות הנזכר, הרי משייר לפניו דבר חיובי, אבל לא מצאנו שיור דהיא רק דבר שלילי כגון אם אדם משייר אויר החצר לפניו בלא שום זכות השתמשות בה, רק לעכב להלוקח מלבנות אם מהני.

שיור באויר החצר בלא זכות השתמשות בה

ואפשר להביא ראיה דשיור בכה"ג נמי מהני, מרב דימי (ב"ב סג ע"ב) דהמוכר בית ולא כתב לו עומקא ורומא אפילו בלא על מנת, **אויר הבית של המוכר**. והובא בטור (סימן ריד) בשם הרמ"ה שאם יש להמוכר בית סמוך לו, יכול להשתמש בהכנסת קורות לביתו. ולרבינו יוסף שם כתב דאם בנה שם הלוקח באויר, שייך להמוכר. ודעת הרבה ראשונים דהמוכר יכול לבנות למעלה באופן שלא יכביד על הבית. (ואם אמר ע"מ, יכול לבנות גם על הכתלים). ובשיטמ"ק הובא לשון הר"י מיגש, דלרב פפא באומר ע"מ, משייר שאם רצה לבנות עלייה ע"ג בונה. והא דרב פפא לא איצטריכא, דהא קיימא כרב דימי דבסתם לא קנה הרומא, ואיצטריך, דאם נפלה הדר בני לה, דאי לאו האי תנאה, לא הוה יכול

המוכר למהדר ולמבני משום דאמר ליה לוקח דמרעת להו לאישתאי, **הילכך אנא לא בנינא ואת נמי לא בנית לה.** אנא לא בנינא, דהא דיוטא העליונה לאו דידי הוא, (דלא מכר לו רומא), ואת לא בנית, משום דמרעת לאישתאי. ומשו"ה איצטריך לאתנויי עלה עכ"ל. והכי נמי בנידון דידן אפשר לומר ללוקח, אין המקום שמעל לקרקע שלך, ע"כ אסור לך לבנות, וגם אני המוכר איני יכול לבנות כי אני אין יכול לעכב תשמישך בהחצר שלך. ואפשר לחלק ולומר דאינו כ"כ ראי' משם, דהתם ברב דימי קודם שנפלה היה להמוכר זכות השתמשות בהאויר גופיה רק לאחר שנפלה ליכא שום השתמשות בו, משא"כ הכא רוצה לשייר אוירה בלי שום זכות השתמשות בה.

ובנתיבות המשפט (סימן רע"ו באורים סק"ד) מביא דברי תשובות הרשב"א (חלק ב סימן כד) שכתוב חידוש גדול, דרב דימי מיירי במוכר שלא מכר האויר ולכן ממילא משויר, **ולא נכנס בכלל המכירה כלל,** ויכול אפילו להוריש זאת לבניו, אבל לשייר לעצמו דבר שאין בו ממש, כגון שמכר לו העומקא ורומא ומשייר הדיוטא לפניו צריך לשייר גוף לקרקע, ובפירות, דקל לפירות, ובכל מוכר המשייר לעצמו דבר, אמרינן שמשייר לעצמו באופן המועיל, אבל ליכא ראי' מכאן דאם אדם מכר בפירוש הכל, רק משייר לעצמו לעכב להלוקח מלבנות ע"ג חצירו, דמהני (כלומר שלילת זכות בניית הלוקח).

השתמשות לצורך אויר הוי גם השתמשות בחצר

ונראה לומר דעצם **השתמשות באויר גופה לאוירה ולאורו** היינו נמי **זכות השתמשות** ושייך בעלות ע"ז, ואינו רק שלילת זכות בנייה להלוקח. ויש להביא ראי' ע"ז מהירושלמי (בבא בתרא פרק ג), אבל מוכר הוא חורבה "ומשייר אוירה". משמע כפשוטו, שעצם האויר שייך להמוכר ואפילו בלא השתמשות, שלו הוא. אלמא דיש בעלות באויר גופה אפילו בלא השתמשות כלל. ואפשר להביא ראי' ע"ז מהסוגיא בב"ב (ז ע"א) באחין שחלקו בחד מטייה אספלידא וחד תרביצא, ומבואר שם דדמי אוירא לא עלו הדדי, ופרשב"ם שהתרביצא היתה מאירה לתוך אספלידא, א"כ מצינו ששייך בעלות והשתמשות על אויר עצמה, ולכן נמי בנידון דידן יכול המוכר לשייר לעצמו גוף הקרקע לאוירה ולאורו. (וכתוצאה מכך מעכב להלוקח מלבנות ע"ג החצר מכיון שאויר החצר שייך לו).

ולסניף לזה יש להביא מה שמצינו שמהני אפילו **לשייר לעצמו לעכב** על חבירו שלא לעשות שום דבר, דאפילו במטלטלין מובא בשו"ע (סימן רמא סעיף ה) דאם נתן מתנה ע"מ שלא יעשה בה שום דבר מהני, ובפרישה שם מפרש דהשאיר לעצמו בעלות על דבר זה, ופירש כן בסמ"ע (שם סקט"ו) דהיינו **בתורת שיור,** ובביאור הגר"א מדמי לה לנותן כסף לעבד ע"מ שיצא בה לחרות דמהני, ופשוט דלשון ע"מ בעבד הוי שיור וממילא ל"א קנה עבד קנה רבו, דאי ע"מ תנאי קאמר, לימא לא יצא

לחרות, ולא קנה ליה העבד ודו"ק. אבל בפשטות לשון הרא"ש משמע שם דמהני **בתורת תנאי**. (ועיין בתשו' חת"ס חו"מ סימן קלא).

היוצא לנו בנידון דידן שהמוכר שייר לעצמו אויר החצר, הוי שיור ומהני, דלגבי נפשיה (אפילו שלא אמר לשון המועיל) אמרינן שמשייר באופן המועיל גוף לאוירה, וכיון שאויר החצר שלו, יכול לעכב להלוקח מלבנות על גביו. ואפילו אם ימכור המוכר ביתו (הסמוך להחצר של הלוקח) לאדם אחר, קנה הלוקח החדש ג"כ אויר החצר כמבואר ברמ"א (סימן ריד סעיף ה).

סימן ג'

נושא הדיון: האם יכול שותף בבנין (בקאנדא) לסלק השוכר מבית הסמוכה לשניהם בתור מצרן

שאלה:

באו לפנינו משכיר (שהוא בעלים של הדירה) ושוכר בדין ודברים שביניהם על אודות רכישת דירה סמוכה לדירה המושכרת, שהשוכר ששכר את הדירה בקומה ג' מהמשכיר, קנה עתה דירה בקומה ב' למטה מן הבית המושכרת לו, והמשכיר שהוא בעליו של הדירה בקומה ג' רוצה לסלק את השוכר מן הדירה שקנה זה עתה בקומה ב', וטענתו שהוא בר מיצרא ולכן רוצה לסלק את השוכר מהמכר.

תשובה:

בירור הסוגיא אי בר מצרא יכול לסלק

איתא בגמ' (בבא מציעא קח ע"א), אמר רב יהודה אמר רב האי מאן דאחזיק ביני אחי וביני שותפי חציפא הוי סלוקי לא מסלקינן ליה. ורב נחמן אמר סלוקי נמי מסלקינן, ואי משום דינא דבר מצרא לא מסלקינן ליה. נהרדעי אמרי אפילו משום **דינא דבר מצרא מסלקינן ליה**, משום שנאמר ועשית הישר והטוב בעיני ה'. הרבה ראשונים פירשו דברי הגמ' שרב יהודה ורב נחמן חולקים על עצם הדין של בר מצרא, שאין המצרן יכול לסלק הלוקח בשום אופן, ורק בלוקח (או אפילו החזיק מן ההפקר) שדה שבין השותפים או בין האחים אמר רב נחמן שיכול לסלק הלוקח.

אמנם הרא"ש (שם פרק ט סימן כא) הביא בשם רב האי גאון דכאן איירי בד' שותפים ובא אחד מהם למכור חלקו לאחר, ועל זה אמר רב יהודה שאינם יכולים למונעו מכך, מפני שאומר לכל אחד מהם שגם אם יקבל חצי משדהו כשחולקין השותפות, הרי אינו ברור שיהיה חלקו סמוך לשדה זו, ולכן אין בזה דינא דבר מצרא, ורב נחמן אמר שבוודאי כשהשותף בא למכור חלקו יכול אפי' שותף אחד לסלק להלוקח, מפני שיש לכל שותף חלק בגוף הקרקע כולה, אבל משום דינא דבר מצרא, דהיינו באופן שלא מכר השותף את חלקו בשדה זו, רק שקנה הלוקח שדה הסמוכה לשדותם, אז אין יכולים לסלקו, שלא ברור שהם בני מצרא של שדה זו שקנה, ויכול לומר לכל אחד מהם שמא יפול חלקך מצד אחר, ונהרדעי אמרי שאף בזה שייך מצרנות, ולפי"ז כולם מודים לעיקר הדין של בר מצרא.

והריב"ש הביא בשם הגאונים דהא דאמר רב נחמן אבל משום דינא דבר

מצרא לא מסלקינן ליה, איירי שאין השותפים רוצים לסלק את הלוקח שקנה חלק שותפות, אלא שבן המיצר הסמוך לשדה המשותפת רוצה לסלקו, אז לא מסלקים אותו. והטעם הוא כיון שאין לזה חלק בגוף הקרקע המשותף, ואי משום שהוא בר מצרא, שמא כשתחלק לא יטול הלוקח לאותו צד ואין הוא בר מצרא דיליה. ונהרדעי אמרי שגם המצרן יכול לסלק להלוקח משדה המשותפת. ולפי"ז מודה רב נחמן לעיקר הדין של בר מצרא.

ואיתא נמי בגמ' שם דלאשה ליתמי ולשותפי לית בהו משום דינא דבר מצרא. ופרש"י דאיירי בשותף שמכר לחבירו חלקו בשדה שהם שותפים בה, אז אין יכולים המצרנים לסלקו ולומר לו אינך יותר משאר המצרנים ונחלוק אותה בשוה, כי **השותף יש לו חלק בגוף השדה ועדיף טפי ממצרן**. והרא"ש כתב שמסתבר מהאי טעמא דאף אם קדם המצרן, מסלק ליה השותף, דכל זמן שלא חילקו יש לכל שותף חלק בכל השדה, ועדיף טפי ממצרן שבא מכח סמיכות המיצר. והרבה ראשונים ביארו בשם הגאונים, שמדובר באופן ששותף אחד בסחורה ובשאר עסקים מכר לשותפו קרקע אחרת שאינה בשותפות, ועל זה נאמר שאין המצרן יכול לסלק את הלוקח השותף. והטעם בזה, שיש חיוב ועשית הישר והטוב כלפי שותפו כמו שיש כלפי המצרן. א"כ מצינו שאליבא דהרא"ש שותפים שלא חלקו, מסלקין המצרן, וכן נפסק בשו"ע (חו"מ סי' קעה סעיף מט).

דינא דבר מצרא בשוכר

והנה בשוכר נחלקו הראשונים אם יש לו טענת מצרנות להשדה שנשכר אצלו, שישנם פוסקים הסוברים שיש דינא דבר מצרא בשוכר, ולמדו כן ממשכנתא דאיתא בגמ' (ב"מ שם) משכנתא לית בה משום דינא דבר מצרא כיון דשכונה גביה, ומהאי טעמא שוכר נמי לית בה משום דינא דבר מצרא, הפירוש **שהמצרן אינו יכול לסלק השוכר מהבית**. והרמ"א (סעיף נז) הביא בשם הרא"ש שמפרש מה שכתוב משכנתא לית בה משום דינא דבר מצרא, היינו שהמלוה יש לו דין כמצרן ואפי' לסלק אחרים ואפי' עדיף ממצרן, מכיון דשכונה גביה יכול נמי לסלק המצרן. והנה בשוכר כתב הרמ"א (סעיף ס) ג"כ דה"ה כמצרן, אולם בשוכר לא כתב הרמ"א שיכול השוכר לסלק המצרן. וצריך להבין החילוק בין שוכר למשכנתא.

דינא דבר מצרא בשוכר לשדה הסמוכה להמושכרת ולהממושכנת

ובשדה הסמוכה להמושכרת ולהממושכנת כתב הרמ"א שיש ג"כ להשוכר ולהמלוה דין מצרנות, [והטורי זהב דחק בדברי הרמ"א (שם סעיף נח) שמה שכתב שיש להשוכר ולמלוה דין מצרנות לשדה הסמוכה להם, היינו דוקא שאין המצרן יכול לסלקם אם קנאו]. וקשה על זה שמבואר בגמ' בארעא דחד ובתי דחד, מרי דבתי לא מעכב אמרי דארעא, משום דמרי בתי אין לו זכות בהקרקע רק כל זמן שהבית קיים כשוכר ולכן אינו נקרא מצרן, א"כ מצינו שלגבי **השדה הסמוכה להשוכר ליכא דין**

מצרנות להשוכר. וקשה מהכא להשיטות שסברי שיש להשוכר דין מצרן להשדה הסמוכה לו.

והרי"ף בסוגיא דארעא דחד ובתי דחד, מרי ארעא מעכב אמרי בתי, ומרי בתי לא מעכב אמרי ארעא, ארעא דחד ודיקלי דחד, מרי ארעא מעכב אמרי דיקלא, ומרי דיקלי לא מעכב אמרי ארעא, וז"ל ומפרשי רבנן האי דאמרינן מרי דארעא מעכב אמרי בתי ואמרי דיקלי, הני מילי היכא דלית ליה למרי בתי או למרי דיקלי זכותא בארעא, משום הכי אית ליה למרי ארעא לעכובי עלייהו ולית להו לזבוני אלא למאן דבעי או דשקיל להו לנפשיה, דאי לא אמר ליה עקור בניינך או דיקלי דילך וזיל שקול, אבל היכא דאית ליה למרי בתי או למרי דיקלי זכותא בההיא ארעא למקבע בה הנך בתי או דיקלי, כל חד מנהון אית ליה לעכובי אחבריה, ואית ליה דינא דבר מצרא בזבינא דחבריה, וכן הילכתא. וכן כתב הרמב"ם (פרק יב מהלכות שכנים הט"ז). א"כ לפירושם לא דמי לשוכר, שהתם יכול מרי דארעא **לסלק בכל עת** שירצה ולית ליה אפי' זכות לזמן, משא"כ **בשוכר שאית ליה קנין בהקרקע לזמן עדיף טפי**. אבל עדיין צריך להבין במשכנתא היכא דיכול הלוה לסלק בכל עת במעות, אמאי אית ליה דינא דבר מצרא להסמוכה לו.

אמנם הרא"ש בתשובה (כלל צז) כתב, ראובן ושמעון חלקו בית והעליה, ונפל לראובן הבית ולשמעון העליה, וקנה שמעון ביתו של ראובן, ובא לוי המצרן לביתו של ראובן לסלק לשמעון בטענת מצרנות, ושמעון טוען שגם הוא מצרן וקודם, הדין עם שמעון, ואע"ג דבפ' המקבל גבי ארעא דחד ובתי דחד משמע לפום ריהטא שאין בעל הבית נקרא מצרן לבעל הקרקע, הרי חילק הרי"ף דדוקא כשאין לבעל הבית חלק בגוף הקרקע, כגון שקנה ממנו לבנות בקרקע שלו עד זמן ידוע, או כל זמן שיעמוד הבית ולא יפול, הילכך כיון שאין לו חלק בקרקע הוי כמו שכירות ואין בו דינא דבר מצרא, אבל כשהקרקע משועבד לבית להיות שם עולמית, ואף אם יפול יבנה אחר במקומו, ודאי הוי כמו שותף בקרקע ואית ביה דינא דבר מצרא עכ"ל. מהכא משמע שאפי' בדאית ליה למרי דבתי **קנין לזמן** בקרקע כשוכר, **אינו נקרא מצרן** לארעא הסמוכה לו.

והב"י הביא דברי הרא"ש וכתב שהיה נראה דכיון שכן, אף אם קדם בעל הבית הסמוך וקנה, בעל העליה מסלקו, למ"ד ששותף מסלק להמצרן, ומסיק הב"י אלא שאין לשון תשובתו מוכיח כן. וגם הרמ"א הבין כן בדעת הרא"ש, שכתב הבית והעליה של שניהם ומכר האחד ביתו למצרן אין בעל העליה יכול לסלקו, דלא מיקרי שותפים זל"ז 'רק דינם כמצרנים'. ותמה הסמ"ע מנין למדו הב"י והרמ"א מדברי הרא"ש שאין בעל העליה מסלק המצרן מצד הבית, ואם מפני שדן באופן שבעל העליה קדם, אין להוכיח, דמעשה שהיה כך היה ומה שנשאל השיב. ועוד הרי בהדיא כתב הרא"ש דהוי כשותף בקרקע. ועוד קשה בדברי הרמ"א כאן שכתב שבעל עליה נחשב כמצרן, והרמ"א לקמן (סעיף נו) כתב

המלוה על הבית ולא הלוה על המרתף שתחתיו, אין לו שייכות במרתף, ואם קנה המרתף, המצרן מסלקו. ולכאורה סותר למה שכתב לעיל מיניה, שבעל עליה נקרא עכ"פ מצרן.

סיכום שיטת הרמ"א

וכדי ליישב הכל נראה לומר שלשיטת הרמ"א יש ד' דרגות במצרן.

א) שותף בגוף הקרקע הנמכרת שמסלק אפי' המצרן, והוא שיטת הרא"ש והיש אומרים בשו"ע (סימן קעה סעיף ד), וגם נכלל בזה בעל העליה שיש לו ג"כ חלק בגוף הקרקע, כמבואר בגמ' בהבית והעליה שיש לבעל העליה שליש בהקרקע, וכן הדין להרא"ש שהובא בטור במלוה להשדה שממושכן בידו (שם סעיף נז) באתרי דלא מסלקי, וכן הדין בשוכר לזמן ידוע בקרקע שנשכר אצלו, דדמי למשכון, בכולם עדיף מסתם מצרן שמסלקין אפי' המצרן.

ב) בעלים של הקרקע הסמוכה לו, אי נמי מלוה בשדה הסמוכה למשכונא, וכן שוכר לזמן ידוע בקרקע הסמוכה לו, דשכירות ליומא מימכר הוא, או בעל עליה שיש לו זכות בעליה עד שיפול הבית, בהבית, יש לכולם דין בן המיצר שמסלקין ואפי' להוציא מהאחר שאינו בן המיצר, וזהו מה שכתב הרמ"א (סעיף נא) שבעל העליה דינו כמצרן. [אמנם בגמ' ובהראשונים לא משמע כן, לומר שיכול המלוה או השוכר להוציא מהלוקח בקרקע הסמוכה להם].

ג) מלוה בשדה הממושכנת לו באתרא דמסלקי, וכן נמי שוכר שאין לו שכירות לזמן ידוע, בשדה שממושכנת והשכיר להם ובסמוכה להם, הדין שאין מסלקים אותם אם קדמו וקנו, אבל הם אינם מסלקין האחר שקנה, וזהו שיטת הטור בשם הר"י ברצלוני. וראיה לזה מלשון הגמ' במרי דדיקלא ומרי דבתי, שמרי דבתי ודיקלא אינו יכול 'לעכב' למרי דארעא, כיון שיכול לסלקם בכל עת, וליכא שום בעלות אפי' לזמן בהקרקע, אין להם דין בן המיצר, ולכן אינם יכול לעכב מלמכור לאחר, אבל אם קנו אין מסלקין אותם.

ד) מלוה על העליה ומרתף שתחתיו נמכרת, והם דברי הנמוק"י, שמרתף אין לו שייכות עם העליה לומר הסברא כיון דשוכן בעליה בתורת מלוה, נקרא מצרן כלפי המרתף, דשני תשמישים הן בית ומרתף, שאה"נ הבעלים של העליה נקרא מצרן אפי' להמרתף שרוצה להשתמש בהמרתף הסמוך לביתו, משא"כ במלוה שכל כחו אינו אלא מכיון ששכונה גביה, וסברא זו אינו שייך אלא לתשמיש השוה לו, וגם איכא תרתי לריעותא, חדא שאין לה קנין בגוף הקרקע העומד במיצר אלא לזמן, וגם אין תשמישן שוה.

שותף בהחצר אין לו דין שותף בהבית עצמו

ובנידון דידן השוכר קדם וקנה בית הסמוכה לו, לכאורה היה נראה שאין המשכיר בעלים של הקרקע מסלקו, וכאופן דדרגא ג'. ואף את"ל שיש להמשכיר דין שותף, כיון שיש לכל

השותפים **חלק דריסת הרגל בהחצר** ובמדריגות, ולכן דינם כשותף שמכר חלקו ומסלק אפי' המצרן, הרי מבואר בתשובות רעק"א (סימן קמ) שמטעם זה **לא נחשב כשותף בהבית** עצמו אלא בהחצר, שכתב שם וז"ל, על דבר ב' אנשים שיש להם בית אחד, ומוגבל חלק כל אחד ואחד זה מימין וזה משמאל, ואך הדריסה בחצר הבית לשניהם בשוה, ולאחד מהם יש לו מרתף בחלקו וגם תנור האופים, וזה איזה שנים שהשכיר תנורו לאחר, ועתה ככלות זמן השכירות רוצה שותפו בבית הנ"ל לשכור המרתף, והמשכיר בא לשאול, הנה אין המצרן יכול לזכות מדין שותף, כיון דבמרתף אין לו שותפות, ואף שדריסת הרגל בהחצר לילך למרתף הוא של שניהם, והכי מוכח מפסקא דשו"ע (רמ"א סימן קעה סעיף נא) דבבית והעליה של שניהם, ומכר הא' ביתו להמצרן, שאין בעל העליה יכול לסלקו, דלא מיקרי שותפים רק מצרנים. הרי אף דריסת הרגל להבית גם לבעל העליה זכות בו, מ"מ כיון דאין לו זכות בבית אין לו דין שותף, ואף למה שעירער הסמ"ע שם, היינו מכח קושייתו כיון דהקרקע שתחת הבית משועבד לעלייה הוי כמו שיש לו זכות בקרקע הבית ממש, משא"כ הכא במרתף עכ"ל. הרי דדריסת הרגל של המשכיר לא עשאו כשותף בבית הנמכר.

בעלי ה'קאנדא' הם שותפים בעצם הבנין כבית ועלייה

אבל אליבא דאמת בעניננו בדין ודברים שביניהם אודות הדירה, **המשכיר נחשב ודינו כשותף**, שאה"נ כלפי השותפות בהחצר ודריסת הרגל אינו נקרא שותף בהבית הנמכר, אבל בזה שכל **הקרקע משועבד לעליות**, וכל אחד יש לו חלק בגוף הקרקע לפי הערך הנקבע בספר הקאנדא, ודאי שנחשב כשותף ועדיף טפי ממצרן [ובעיקר הדברים לפי חוקי הקאנדא, הרי בעלי הקאנדא'ס הם כשותפים בכל אחד מהדירות כגון אם יארע איזהו היזק בה"סראקטשאר" של אחד מהדירות כולם אחראים ע"ז אף אם אינם מזיק לשאר הדירות], ומשום הכי **יכול לסלק אפי' המצרן** כבעל העליה שיש לו שליש בהקרקע.

ויש עוד טעם לומר הכא שהמשכיר יש לו כח לסלק השוכר, דר"ת סובר שאין דין מצרנות בבתים, וראיתו מגמ' שהפסק משוניתא ורכבא דדיקלא מסלק מצרנות, וגם בתים נבדלים בחומות. וכתב הטור בשם הרמ"ה לחלק שאם יש מקום ליכנס מזה לזה בענין שחשובין כאחד לענין עירוב אית בהו דינא דבר מצרא, ואי לא לית בהו דדב"מ, והובא בשו"ע ובהרמ"א כדברי הפוסקים שפסקו גם דלא כהרמ"ה, וכמ"ש הב"י בשם הנ"י בשם הרשב"א לדחות דברי ר"ת והרמ"ה, **דבבתים דרכן לחברן** ע"י פתחים ולכך הם עשוים, **ויש להם דין מצרנות**. א"כ הכא שהשוכר קנה בית הסמוכה לו כדי **לצאת מהבית** שנשכר אצלו, ולדור **רק** בהבית הסמוכה לו, א"כ ודאי לכו"ע אפי' לשיטת הרשב"א שאינו נקרא מצרן **כהפסק שוניתא וריכבא** דדיקלא, אולם המשכיר יכול לחבר שני הדירות ביחד ע"י פתחים, ועדיף טפי.

כיון שיש למשכיר ריוח ה"ז בכלל הישר והטוב

ואפשר לומר שאפי' אם היה הדין כאן, ששניהם נקראים מצרנים, המשכיר עדיף טפי ומסלק השוכר, מכיון שיש להמשכיר ריוח יותר שיכול עי"ז לבנות למעלה מביתו בלי ערעור ומחלוקת עם שאר אנשים בבנין, א"כ ליכא הישר והטוב גדול מזה. וככתוב ב"י בשם רי"ו שאף לשיטת ר"ת שליכא דין מצרנות בבתים, אם ברור שצריך לבית לצרכו, או שיש לו היזק ראי' מבית זה ורוצה **לסלק ההיזק** ע"י קניית הבית, **יש בו דינא דבר מצרא**. ואפילו במטלטלין בשותף שמכר חלקו לאחר, הביא הרמ"א (סעיף נג) בשם מהרי"ק אם נראה לבי"ד **היזק לשותף השני** אפילו מצד שיצטרך להיות שותף עם אחד שאינו נוח לו **יכול לסלק להלוקח**, דאין לך הישר והטוב יותר מזה, ועדיף משאר דינא דבר מצרא. א"כ הוא הדין הכא שיש להמשכיר ריוח טפי, שאין לך הישר והטוב גדול מזה לסלק השוכר.

ועל כן הפסק דין הוא, שהמשכיר מסלק השוכר בסך מעות ששילם על הבית, והיה בזה שלום.

סימן ד'

נושא הדיון: האם מהני במתנת בריא ואחריך לפלוני

שאלה:

באו לפנינו צד א' שלושה אחים ואחותם ושמה רחל, בטענה נגד צד ב' ה"ה אחותם ושמה לאה שקיבלה נכסים מאמם שהיתה אשה אלמנה שקיבלה מבעלה נכסים מחיים, ואמר לה הבעל בעודו בחיים נכסי לך ואחרי מיתתך ינתנו לכל חמשה ילדיי שוה בשוה. והאשה לפני מיתתה נתנה נכסים אלו בקנין סודר במהיום ולאחר מיתה ללאה, ועתה לאחר מיתתה באים שלושה האחים ורחל, בטענה נגד אחותם לאה הטוענת שקיבלה את כל הנכסים.

תשובה:

סוגית הגמ'

איתא בגמ' (ב"ב קלז ע"א): תניא נכסי לך ואחריך לפלוני וירד הראשון ומכר ואכל, השני מוציא מיד הלקוחות דברי רבי, ורשב"ג אומר אין **לשני אלא מה ששייר ראשון**, וא"ר יוחנן הלכה כרשב"ג. ולעיל (שם קכט ע"ב) מבואר, שלח רב אחא בריה דרב עויא, לדברי ר' יוחנן בן ברוקה נכסי לך ואחריך לפלוני וראשון ראוי ליורשו, אין לשני במקום ראשון כלום, **דירושה אין לה הפסק**. ומבואר בדברי הפוסקים, שהדין של רשב"ג שיכול הראשון למכור אע"פ שהנותן אמר ואחריך לאחר, והדין של רב אחא אם נתן הנותן לבנו הראוי ליורשו ואמרינן שאין לה הפסק, הוא מטעם אחד ודינם שוין, דהיינו דלרשב"ג מבואר דאין לשני שום קנין בגוף הדבר בחיי הראשון, שאין לשני אלא מה ששייר ראשון, כמו כן אם הראשון ראוי ליורשו אמרינן שירושה אין לה הפסק, ואין כאן שיור להשני.

בירור שיטת הרמב"ם

ובשו"ע (חו"מ סימן רמח סעיף א) הביא לשון הרמב"ם, וז"ל אבל הבריא שנתן מתנת בריא על דרך זה, וכתב ליה נכסי לך ואחריך לפלוני, אין לשני אלא מה ששייר ראשון, אפילו היה הראשון ראוי ליורשו עכ"ל. דדוקא בשכיב מרע האומר נכסי לבני ואחריו לאחר, אמרינן ירושה אין לה הפסק, ולא זכה השני בנכסים כלל, כרב אחא בר עויא, משא"כ בבריא לא אמרינן כן, אלא זכה השני, אחר מיתת הבן. ובקצות החושן (שם סק"ד) ובנתה"מ (שם) פירשו בטעם הדבר, דבמתנת בריא לא משכחת כלל ואחריך לפלוני אלא במעכשיו, ובאחריך במעכשיו על כרחך יש לה הפסק כמו שכתב הרמ"א (שם סעיף ז)

דהראשון לא נחית אלא לפירי, וגם בשכיב מרע שאמר מהיום יש לה הפסק, אלא דבמתנת בריא באחריך על כרחך, מעכשיו הוא, שאם אינו במעכשיו א"כ לא קני אחריך עד שימות הראשון. א"כ ממה נפשך אם קדמה מיתת הנותן למיתת המקבל הראשון, לא זכי אחריך כלל דאין קנין לאחר מיתה, כדאמרינן בגיטין (עו ע"ב) גבי גט היכא דמתנה שלא יחול עד אחר י"ב חדשים ומת קודם, אין גט לאחר מיתה. ואם מת הראשון קודם הנותן, כבר זכה האחריך בעוד הנותן קיים, ולא שייך בזה ירושה אין לה הפסק, דלא נחית הראשון לירושה כלל. וא"כ צריכין לפרש כל מתנת בריא בואחריך, צריך הנותן לומר נכסי לך ואחריך מהיום לפלוני. ולפי"ז צריך לפרש כל הסוגיא של ואחריך לפלוני ושיטת רשב"ג שאמר אין לשני אלא מה ששייר ראשון, מיירי דוקא בשכיב מרע, דבריא שאמר ואחריך במעכשיו, אין הראשון יכול למכור הנכסים.

אמנם מסתימת לשון הרמב"ם משמע ואחריך לפלוני **בלא מעכשיו** מהני בבריא כמו בשכיב מרע, שכתב, "אבל הבריא שנתן **על דרך זה**" כדרך שכיב מרע, ולדברי הקצוה"ח שמיירי במעכשיו א"כ במעכשיו דיני בריא ושכיב מרע שוין. ועוד קשה לפי דבריהם, שא"כ הוצרך לאוקמי כל הסוגיא של רשב"ג בשכיב מרע דוקא, ולא הוזכר בשום מקום בסוגיין דמיירי דוקא בשכ"מ. ואי אפשר לומר שמיירי בבריא באופן שהנותן עדיין חי בשעת מיתת הראשון, שלא משמע כן בסוגיא (שם קכט) שחולקין שם אם יחזרו ליורשי נותן או ליורשי ראשון, משמע מזה שהנותן אינו בעולם כשמת הראשון, וכן מגמ' דסבתא (שם קכה ע"ב) שהנותן אמר ובתרה לירתאי.

ובגמ' שם (דף קכט ע"א), האומר תנו שקל לבני בשבת, אם אמר אם מתו יירשו אחרים תחתיהם אין נותנים להם אלא שקל. וסוגיא זו קשה להבין שאם מיירי בבריא היאך יכול להקנות אחר מיתתו כדלעיל, ואם מיירי בשכיב מרע הא אמרינן ירושה אין לה הפסק ואמאי זוכה השני. ובדוחק אפשר ליישב כלישנא חדא ברשב"ם דמיירי בבריא שהלך למדינת הים והנותן עדיין חי אף שכבר מתו בניו.

מתי הוי חלות הקנין כשאמר 'ואחריך לפלוני'

ולכאורה צריכין לבאר היאך ובאיזה זמן חל הקנין (אפי' בשכיב מרע) אם אמר ואחריך לפלוני, ולמה אמרינן ירושה אין לה הפסק. וכן קשה על מה שמצינו בגדולי המפרשים שהביא הנמק"י שחולקים על הרמב"ן (שיטת הרמב"ן מובא לקמן) **שכל מקום** שהשכיב מרע נתן במתנה לבנו, אפי' אם אמר אחריך לאחר, אמרינן **שאין לה הפסק**, ולכאורה הטעם לזה שאין המתנה חל להשני אלא לאחר זמן, והיורש יורש תיכף אחר מיתת אביו, ובזה מעכב מהשני מלקבל המתנה, שירושה אין לה הפסק. וקשה ממ"נ אם אמרינן שדברי שכיב מרע ככתובים ומסורים וזכה בו מיד עם גמר מיתתו, א"כ למה אמרינן אם הראשון ראוי ליורשו אין השני זוכה, הא זכה מיד עם המיתה, ואת"ל שאין השני זוכה וקונה מיד אחר מיתתו אלא אחר זמן מרובה אחר

מיתת הראשון, א"כ היאך מקנה דבר, זמן הרבה אחר המיתה, ואפי' אם דברי השכיב מרע כמסורים, היינו תיכף עם גמר המיתה, אבל לזמן הרבה אחר המיתה, לא יכול להקנות, וראי' לזה שבמקום ירושה, אמרינן שאין לה הפסק, וממילא אף אם נתן לאדם שראוי ליורשו, היאך זוכה בו השני. ועוד הקשה הקצוה"ח מהגמ' בביצה (כ ע"א), ההוא גברא דאמר לנסיב פלוני לברתיה והבו ליה ארבע מאה זוזי, אי נסיב אפילו לאחר זמן מרובה שקיל המעות, ולא אמרינן שם ירושה אין לה הפסק.

והנה לדעת הרמב"ן הוא (ב"ב שם) דאפילו במקום ירושה, אמרינן שהאחר קודם, ויש לה הפסק, ודוקא כשהשכיב מרע **הוריד להראשון** בנכסים כגון שאמר נכסי לך, אז אמרינן ירושה אין לה הפסק, ועי' בתשובות מהרי"ט (חו"מ סימן עד) שפי' דבריו, כשבא היורש מחמת סתם ירושה דאורייתא מהני מתנת שכיב מרע להאחריך אפי' לאחר זמן, שאין המקנה שוב בעולם, ולא אמרינן ירושה אין לה הפסק. ויש להקשות על זה, שמדבריו משמע מה שאמרינן ירושה אין לה הפסק כאילו תלוי בדעת הנותן שהוריד הראשון לנכסיו, ומהגמ' להלן (קלג ע"א) מבואר להיפך שכל הסיבה שאין לה הפסק הוא מכח שהתורה אמרה שיירש, וכמתנה ע"מ שכתוב בתורה.

גם צריך להבין הסוגיא בבבא בתרא (קכה ע"א), ההוא דאמר נכסי לסבתא ובתרה לירתאי (כפי הגירסא שלנו), הויא ליה ברתא דהוה נסיבא, שכיבא בחיי בעלה ובחיי סבתא, בתר דשכיבא סבתא, אתא בעל ותבע, א"ר הונא לירתי ואפי' לירתי ירתי, ובני מערבא אומרים דהבעל לא ירית דאינו נוטל בראוי, אבל אם יש ברא לברתא ירית, א"ר אלעזר טעמא דרב הונא דכל האומר אחריך כאומר מעכשיו דמי, אמר רבה מסתברא כבני מערבא דאי קדים סבתא וזבנא זבינה זביני כרשב"ג. ולכאורה קשה, דמוכח מכאן שאליבא דרב הונא אין הראשון יכול למכור, א"כ היאך חולק רב הונא על רשב"ג דהלכתיה כוותיה. ואפילו לשיטת בעל המאור והר"י והר"ן שסברי דרבה מודה לרב הונא במאחריך, דכמעכשיו הוא, ואפ"ה אם קדם וזבנא זביניה זביני, ונמצא לפי"ז דגם במעכשיו אמר רב אחא ירושה אין לה הפסק, וא"כ היכי יכול לרכוב אתרי רכשי, אם השני קונה הגוף מהיום במעכשיו, היאך יכול הראשון למכור לאחר, ובפרט שהלכתא כוותיה דר"ש בן לקיש דקנין הפירות לאו כקנין הגוף, ולמה אמרינן ירושה אין לה הפסק, הא הקנה להשני הגוף מעכשיו.

חלות הקנין מיד כשהקנה לראשון

וכדי ליישב כל הסוגיא נראה לומר, שכל הקנין של 'אחריך' חל מיד בשעה שהקנה הנותן להראשון בקנין סודר בבריא, ובשכיב מרע ע"י דיבור בשעת מיתה, שניהם קנו הנכסים בבת אחת הראשון והשני בקנין ובזמן אחד, כאחד שבא להקנות לשותפים עושה **קנין אחד לשניהם**, הכי נמי הכא, והקנה להראשון והגביל הקנאתו, והקנה מיד להשני מה שמשייר הראשון אחר מיתת ראשון להשני, ושותפין נינהו בהנכסים לאלתר. וכדחזינן שהקשה

הגמ' היאך יכול הראשון לזכות ולצאת באתרוג שנתן לו בואחריך לאחר, הלא אתרוג של שותפים הוא. והא דאמר רשב"ג שיכול הראשון למכור לאחר, והלא הקנה הנותן להראשון והשני בבת אחת, צריך לומר משום אחריך שאני, פירוש, שאה"נ הקנה להשני מיד, **אבל נתן להשני רק מה שישייר מן הראשון**. (ואפי' לשיטת הרמב"ן שחולק על בעל המאור ולדבריו אחריך לאו כמעכשיו דמי, נמי סובר שבאחריך חל הקנין מיד, אלא אחריך קליש ממעכשיו, ומוכיח כן ממתני' באב שנתן להבן במהיום, שאין בכח האב למכור הנכסים, ובסתם אחריך אמר רשב"ג שיכול למכור).

והא דאמרינן אם הראשון ראוי לירש אין לה הפסק, הוא מטעם אחר, והטעם מבואר בגמ' שם (קלג ע"א) שהוא סבר יש לה הפסק, ורחמנא אמר אין לה הפסק. כלומר שהשכיב מרע שנתן בואחריך **מיחזי כעוקר ירושה מן התורה**, ולכן אמרו חז"ל שאין לה הפסק. דבשלמא בבריא שנתן בקנין, מתנה בעלמא הוא, ורק בשכיב מרע שהוא בלא קנין, שכל כחו להקנות לאחר אחר מיתתו אינו אלא מדרבנן, דדברי שכיב מרע כמסורים, וכלפי השני שאינו נהנה מיד מהנכסים מיחזי שהשכיב מרע רוצה לעקור ירושת התורה וליתן לאחר בתורת ירושה (ודוקא בלשון של ואחריך מיחזי כעוקר ירושת התורה ומתורץ בזה הגמ' בביצה הנ"ל), אבל בבריא שעושה קנין, הכל רואים שקנה כבר ואינו עוקר ירושה ומתנה בעלמא היא. נמצא לפי זה שהדין דרשב"ג והדין של רב אחא שני דינים הם, וטעם נפרד להם.

ולפ"ז בנידון דידן אה"נ שהקנה אביהם במתנת בריא בוהאחריך שבירנו דמהני, אבל לרשב"ג אין לשני אלא מה ששייר ראשון, ואם הלכה האם ונתנה לאחר לכאורה הדין שאין מוציאין

טעם שלא מהני מה שנתנה האשה לבתה

אולם בגמ' שם (קלז ע"א) מבואר דא"ר יוחנן הלכה כרשב"ג, ומודה שאם נתן מקבל הראשון לאחר, במתנת שכיב מרע לא קנה, ואמר אביי שמתנת שכיב מרע לא קנה אלא לאחר מיתה, וכבר קדמו אחריך. ופירש הרשב"ם אם נתנו אותו ראשון במתנת שכיב מרע, כגון בבריא שאמר מהיום ולאחר מיתה לא אמר כלום, והשני מוציא מיד הלקוחות. והקשה הקצות דהא הרשב"ם בבבא בתרא (קלה ע"ב ד"ה ואיזו היא) במתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע במהיום ולאחר מיתה, מפרש דהוי כמתנת שכיב מרע דלא קני פירי אלא לאחר מיתה, ומיהו בהכי עדיפא משכיב מרע דמתנת שכיב מרע יכול לחזור וליתן לאחר, אבל בבריא דמהיום אינו יכול למכור עוד הגוף כל ימי חייו אלא הפירות, וא"כ היכי קדמו אחריך, דהא גבי אחריך כיון דאית ליה לראשון הגוף יכול למוכרו ואין לשני אלא מה ששייר הראשון, ובזה שנתן מהיום ולאחר מיתה הקנה הגוף מהיום וא"כ לא שייר כלום, ומכי מיית ממילא הפירות של הלוקח, כיון דהגוף שלו מהיום, ולא נשאר פירי אלא לחיי המוכר, וא"כ ודאי הלוקח קדים לאחריך.

ואפשר לפרש שמה שכתב הרשב"ם שאם נתן הראשון במתנת שכיב מרע

והיינו נמי בריא במהיום, הוא ע"פ דברי הגמ' ב"מ (יט ע"א) וב"ב (דף קלה ע"ב), אמר אביי איזו היא מתנת בריא שהיא כשכיב מרע דלא קני אלא לאחר מיתה, כל שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה, מכיון שהפירות לא קנה אלא לאחר מיתה כשכיב מרע, דינם שוה בזה, שיכול להקנות דבר אחר מיתתו, ובזה מיקרי מתנת שכיב מרע שלא קנה המקבל לגמרי אלא לאחר מיתה. וא"כ כאן שהראשון נתן לאחר במתנת שכיב מרע **שאין מסולק לגמרי מהנכסים** רק לאחר מיתתו, לא אמרינן בזה שלא שייר כלום להשני וא"כ קנה השני הנכסים מהנותן כבר, ושותפים הם, וכבר **קדם אחריך**. בשלמא אם נתן **הראשון לגמרי** לאיניש אחרינא הגוף והפירות אמרינן אחריך שאני, ואין לשני אלא מה שהראשון משייר, וכוונת הנותן היה ליתן להשני רק מה שמשייר הראשון, אבל הכא כיון שגמר הקנין להלוקח של ראשון אינו נגמר ונקנה לגמרי אלא לאחר מיתת הראשון, א"כ כבר קדם אחריך השני, לקנות.

טעם נוסף שלא מהני מה שנתנה האשה לבתה

והנה הר"ח ועוד ראשונים וכן נראין דברי הרמב"ם (הל' זכיה ומתנה פי"ב) מפרשים הסוגיא דרב ביבי (בבא בתרא קלז ע"ב) בההיא איתתא דהוה לה דיקלא ברשותו של רב ביבי ואקניתיה לו כל ימי חייו, ואזל איהו ואקנייה לבנו הקטן, ואמר רב הונא דאפילו לרשב"ג דהלכה כמותו באומר אחריך לפלוני, ואמרינן אין לשני אלא מה ששייר הראשון, לא קאמר **אלא לאחר, אבל לעצמו לא**. דווקא אם מכר **הראשון לאיניש אחרינא**, אז אמרינן שאין לשני כלום, אבל אם **נתן לבנו**, זכותו של השני אינו נפקע, שכן בנו נחשב כגופו והו"ז כמו שהנכסים עדיין ברשותו (ועיין בהר"ן (ב"ב שם) ובהרב המגיד (על הרמב"ם שם) ובסמ"ע חו"מ סימן רמח סקט"ו הטעם לזה קצת באופן אחר). ולפי"ז בעובדא דידן מה שנתנה האשה הנכסים לבתה לאה לא מהני, וזכותם של צד א' אינם נפקעים. אמנם לדברי הטו"ז (חו"מ סימן רמח סעיף ד) שמפרש הטעם בדרך אחר שמה שלא מהני מכירה של הראשון לאחד מיורשיו, שכוונת הנותן מה שאמר ואחריך לפלוני היה להפקיע מיורשי ראשון, ולכן לא מהני אפילו אם נתן או מכר, וא"כ אפשר אם נתן הראשון לבתו או לקרוב אחר שאינו יורד בתורת ירושה לנכסיו, אפשר שמהני, כרשב"ג, ואין לשני אלא מה ששייר ראשון וצ"ע.

והרמב"ן והריב"ש והרבה ראשונים מפרשים דברי רב ביבי בדרך אחר, דמה שאמרינן אין לשני אלא מה ששייר הראשון לא קאמר **אלא לאחר אבל לעצמו לא**, שכל היכא שהנותן אומר **אחריך לי** או אפילו אם אמר אחריך ליורשי מוציאין מיד הלוקח, והרמ"א הביא זה להלכה למעשה. (אבל צריך לעיין בנידון דידן שבהאחריך שאמר אביהם נכלל השתי בנות ואינם יורשין, א"כ אפשר אפילו להרמב"ן יכול הראשון למכור, או דילמא כיון דלבניו הוי שייר ה"ה לבנותיו ג"כ מהני) ואפשר לומר הטעם למה אמרינן אם שייר אדם לעצמו או לזרעו מודה רשב"ג שהשני מוציא מיד

לקוחות, שכל לגבי נפשי' אמרינן שמשייר בעין יפה ובאופן המועיל. ומצינו כן בכמה מקומות, וכדאיתא (בבא בתרא קמח ע"ב) שיכול אדם לשייר לעצמו דבר שאין בו ממש כגון אויר. וכן אפילו במטלטלין מובא בשו"ע (סימן רמא סעיף ה) דאם נתן מתנה ע"מ שלא יעשה בה שום דבר דמהני. ובפרישה (שם) מפרש דהשאיר לעצמו בעלות על דבר זה, ופירש כן בסמ"ע (שם סקט"ו) דהיינו בתורת שיור. וכ"ש כאן אם אמר אחריך לילדיי שכח הראשון גרע טפי מבעלמא, ומעולם לא נתן להראשון הנכסים לגמרי למכור לאחר רק השאיר לעצמו הנכסים אחר מיתת הראשון, וכאילו עדיין נשאר ברשותו, ולפי סברא זו אפשר שמהני נמי בבריא שאמר אחריך לי או ליורשי **בלא מעכשיו**, אפי' להשיטות שהבאתי לעיל הקצות והנתיבות שאין קנין לאחר מיתה, אבל בכגון דא שאמר לי או ליורשי שייר לעצמו בגוף הדבר ומהני.

ולפי זה בנדון דידן שאמר האב לאם, אחריך לילדיי שוה בשוה, הרי השאיר ליורשיו, וכמשייר לעצמו בעין יפה, וממילא לא מהני מה שנתנה האם לבתה.

הכותב נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא

ובגמ' (ב"ב קלא ע"ב) מבואר הכותב לאשתו כל נכסיו לא עשאה אלא אפוטרופא, כדי שיחלקו לבניו. ולכאורה לפ"ז הכא נמי אפ"ל שהנכסים שייכים לבניו ולא היה לאשתו שום בעלות בהנכסים. אבל אינו כן מכיון שנתן לה ובאותו זמן אמר ואחריך, ולהם נתן במתנה גמורה, א"כ ה"ה לגבי דידה נמי חשוב כמתנה ולא רק אפוטרופוס.

היוצא לנו להלכה שטענות צד א' נתקבלו שלא יכלה האם לתת לבתה אחת כיון שאמר האב ואחריך ליורשיי וטענת צד ב' נדחו.

סימן ה'

נושא הדיון: מה הדין בשותפין שקבלו פקדון ביחד ואחד מהם פשע

שאלה:

מפקיד שהפקיד מעות בגמ"ח שניהלו אותו שני שותפין, ועתה בא להוציא מאחד מהשותפין את הפקדון, והנפקד טוען שהשותף השני המנהל יחד עמו את הגמ"ח פשע במעות הפקדון, ובאו לפנינו צד א' הוא המפקיד התובע את הפקדון מצד הב' הטוען ששותפו שמנהל עמו יחד את הגמ"ח שהוא הנפקד השני פשע.

תשובה:

בירור הסוגיא

הנה בירושלמי בפרק שבועת הפקדון (שבועות פ"ה ה"א) דרש מ'וכחש בעמיתו' פרט למכחיש באחד מן השותפין, א"ר יוסי הדא אמרת **שנים שלוו מאחד**, אע"ג דלא כתיבי אחראין וערבאין זה לזה, **אחראין וערבאין זה לזה** וכו', אחד שהפקיד לב', כפר בו זה חייב, כפר בו זה חייב, הפקיד להם שוה פרוטה, לא נמצא מביא קרבן על חצי פרוטה. והרמב"ן הביא בשם רבינו אפרים שהגמ' דילן חולק על הירושלמי בזה שאם כופר לאחד מן השותפין לבד, לא מיקרי כפירת דברים, דבגמ' (שבועות לז ע"א) אוקמינן וכחש פרט להודה לאחד מן השותפין, כגון דאתו תרוייהו ואמרי מתרוינן יזפת, ואם איתא להאי דינא דירושלמי אמאי לא מוקי לה בכי האי גוונא שאחד מן השותפין תובע וכפר בו. אמנם רוב ראשונים ובכללם הרי"ף והרמב"ן חולקים וסוברים שקיימ"ל כשיטת הירושלמי שאם כפר לאחד כפירת דברים הן, וכתבו דלפי"ז בשנים שהלוו אי אפשר לאחד לתבוע בלא חבירו, וכן נפסק בשו"ע. והראב"ד והרשב"א פירשו להיפך בירושלמי **שכל אחד יכול לתבוע את כולו**, ולכן הוה כפירת דברים אם כפר לאחד, שהרי השני יכול לתובעו.

ובשנים שלוו הובא בטור (חו"מ סי' עז) בשם בעל העיטור דדייק מלשון הירושלמי שנעשין ערבאין זל"ז, שחלקו חייב לשלם, ונעשה **ערב בעד חלק חבירו**, אולם הרמב"ם והרא"ש סברי **שבשותפין חייבים כל אחד כל החוב כערב קבלן**, וב"י פסק כדברי העיטור וכתב שמהרמב"ם אינו מוכח כדברי הרא"ש. והש"ך כתב שהמהרי"ק (בשורש קכ) מחלק שאם שנים לוו ביחד בלא שותפות רק שבאו ביחד ללוות אז נעשים ערבאין, אבל אם **לוו בתורת שותפות** הרי הם **כקבלנים**, וכן משמע בתשובות מבי"ט (ח"א סימן קעז).

סתירת הרמ"א אם נעשה ערב אחד לחבירו

וכתב הרב המגיד (פכ"ה מהל' מלוה ולוה) **דשנים שקבלו פקדון** ביחד דינן כשנים שלוו שכל אחד **נעשה ערב בעד חלק חבירו**, וכן הביא הרמ"א להלכה בהגהותיו (בסימן עז ס"א ובסימן רצט ס"א). אולם הרמ"א בתשובותיו (סי' כז) כתב להיפך ממה שפסק, וז"ל **ב' שומרים** שקבלו השמירה ביחד **לא אמרינן דאחד ערב** בעד חבירו, ואע"ג דכ' המ"מ בשם הרמב"ן דאם הפקיד גבי שנים דינן כאחד שהלוה לשנים, י"ל דהרמב"ן לא איירי בסתם פקדון, אלא מיירי דהתנה בהדייהו בפירוש, וכמו ששנינו מתנה ש"ח להיות כשואל וכו', וראיה מהא דאיתא בפ"ק דב"ק מסר שורו לחמשה בני אדם, דאמרינן אם סילק אחד עצמו מן השמירה, הנשארים חייבים, כמ"ש שם הרא"ש, ולא מצינו שיחייבו זה שנסתלק מטעם שנתערב בעד חבירו. ועוד ראיה מב"מ (לו ע"ב) המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד ואם פשעו הם, הוא פטור מלשלם, והכא בשותפין עדיף טפי, שמסר לשניהם ביחד, והשני הוא ג"כ שומר והמפקיד הפקידו ג"כ גביה, ולכן פטור, אם חבירו פשע.

אמנם הש"ך חולק על מה שכתב הרמ"א בתשובותיו דודאי שנים שקבלו פקדון הרי הם ערבים זל"ז. ודחה את ראיית הרמ"א, שהסוגיא בב"ק הנדון הוא, לחייב השומר **מטעם מזיק**, וא"א לחייב השומר שהלך מטעם מזיק, שהרי באו לפרש המשנה הכשרתי במקצת נזקו חבתי בתשלומי נזקו כהכשר כל נזקו, ומדין מזיק חייב רק מי שפשע, ואע"פ שגם חבירו יתחייב לשלם **מדין ערב** אם אין למי שפשע לשלם אך משום מזיק א"א לחייבו. ולכן אפילו אם נאמר כשיטת הרא"ש ודעימי' שבכל שותפים יכול לגבות הכל מאיזה שירצה, אע"פ שיש גם לחבירו לשלם, מ"מ אין זה מטעם מזיק אלא מדין ערבות. והנפק"מ לדינא, דאילו חייב מדין מזיק אינו חוזר וגובה מחבירו אלא חלקו, אבל אם מתחייב מדין ערב הרי זה שפשע, חייב לחזור ולשלם הכל לחבירו, שלא פשע.

ובקצה"ח (סימן רצט סק"א) העיר שמסתימת הטור ושו"ע (סימן שצו ס"ז) משמע כדברי תשובת הרמ"א, שכתבו שאם פשע אחד מהחמשה שומרים, **זה שפשע חייב**, ולא זכרו לחייב חבירו מדין ערב. ומסיק שם דאינו כן דלעולם בשותפים חייב כל אחד להמפקיד מדין ערב, ולא קשה מידי מסוגיא דב"ק, דהתם מיירי בשור שהזיק א"א לחייב את השומר שלא פשע, דתנא התם הכשרתי במקצת נזקו חבתי בתשלומי כל נזקו, ומוקי לה בחופר בור ט' ובא אחר והשלימו לי', ופריך ותו ליכא והאיכא נמי מסר שורו לחמשה בני אדם ופשע אחד מהם ויצא והזיק חייב, ומשני היכי דמי אילימא דבלאו איהו לא מינטר פשיטא, אלא דבלאו איהו נמי מינטר מאי קעביד, ומפרש הרא"ש מאי קעביד ואינו מחייב אלא בחלקו ולא בכולו, והתם ודאי כיון דמיירי דפשע אחד מהם ויצא השור והזיק לאחרים אינו חייב אלא בחלקו, דאע"ג דשנים שקבלו פקדון ביחד ה"ל **ערבים, היינו להמפקיד**, אבל לעלמא אין בו דין ערבות, וכיון דחבתי בתשלומי

נזקו כהכשר כל נזקו היינו בהזיק לאחרים אין בזה דין ערבות, משא"כ אם הוזק השור, הוא דאית ביה דין ערבות לבעל הפקדון, אבל הזיק לאחרים אינו חייב אלא בחלקו, וכיון דדעת השו"ע והרמ"א בסימן ע"ז דשנים שלוו ביחד אין להם אלא דין ערב כל אחד בעד חבירו ולא נעשו ערבים קבלנים, א"כ לא שייך דין ערב בהזיק לעלמא, ומש"ה סתמו בשו"ע סימן שצ"ו דזה שפשע, הוא דחייב כיון דמיירי **במזיק לאחרים לית ביה דין ערב.**

אבל אכתי קשה מה שהעיר בנתה"מ על הש"ך מראי' שניה של הרמ"א, שמצינו שאין לחייב שותפין שקבלו פקדון ביחד מדין ערבות, מהמפקיד על דעת אשתו ובניו. ועיין בנתה"מ מה שרוצה לתרץ שההוכחה מדברי הרא"ש רק שלא נאמר שחיוב אחד בעד חבירו הוא **מדין קבלן, אבל חייב מדין ערב.**

וקשה על הרמ"א בתשובותיו מהירושלמי הנ"ל שמבואר שם בפירוש, דבפקדון ובהלואה חייבין השותפין מדין ערב ודינם דומין זל"ז. וכן מצינו בגמ' דידן בהשואל, שבפקדון חייב מדין ערב, דבעי רמי בר חמא שותפין ששאלו ונשאל הבעלים לאחד מהן מהו, כולו שואל בעינן וליכא, או דילמא בההיא פלגא דשייל מיהת מיפטר. ואם אמת כדברי הרמ"א שבפקדון אינם ערבאין זל"ז, א"כ מהו ההו"א לחייב בנשאל לאחד מהם, מטעם כולו שואל בעינן, הא לגבי חלקו היה כל המשאיל נשאל אצלו. ולשיטת הרמ"א קשה שלא שייך כלל, שם שותפות בפקדון, בשלמא אם יש לכל אחד מהם דין ערבות על כולו, הרי יש עליהם שם שותפות לגבי הערבות, אבל אם ליכא דין ערבות לאיזה דבר נחשבים כשותפים. אבל אפשר לתרץ דבשותפין ששאלו נקראים שותפים מכיון שלא נתברר חלק כל אחד ואחד, ונפק"מ לגבי אם נדרו הנאה זה מזה.

(והרמב"ן הוכיח מכאן שמה שאמרו בירושלמי ששנים שלוו או שהופקד אצלם חפץ, כל אחד מהם חייב בהכל, הוא רק מדין ערב, דלא כשיטת הרא"ש והטור שסברי שגובה מאיזה שירצה את הכל, שאל"כ מה נסתפק הגמ' בשותפים שכולו שואל בעינן, הרי המשאיל נשאל לכל השואל שכל אחד נחשב שואל בכולו. ואפשר לתרץ לדבריהם שאה"נ דבשותפים בפקדון ובהלואה כל אחד חייב בכולו, ונסתפק בגמ' מכיון ששותפים נינהו אז סוכ"ס לא היה המשאיל נשאל רק לאחד מהם, וכנשאל לחצי הגוף דמי, וע"ז הספק אם לפטור מחצי לבד או לחייב בכולו, שכולו שואל בעינן).

גם קשה על שיטת הרמ"א בתשובותיו מהסוגיא דהמפקיד דאם שילם השומר ולא רצה לישבע אז המפקיד מקני הכפילא להשומר, ובעי שם בגמ' בשותפין שקבלו הפקדון ושילם אחד מהם חלקו מהו שיקנה חצי הכפל. בשלמא אם יש דין ערבות על שותפים שקיבלו פקדון ביחד הרי שייך להסתפק אם המפקיד מקני לאחד, חצי הכפל אם רק שילם חלקו, או דילמא מכיון ששותפים נינהו ויש לכל אחד אחריות על כולו לכה"פ כערב, אין המפקיד מקנה

לאחד מהם החצי, אבל לשיטת הרמ"א בשותף ששילם חלקו והיינו כל מה שמוטל עליו ונפטר בזה לגמרי, למה לא יקנה ליה המפקיד הכפל.

שיטת הרמ"א שנעשה ערב, אבל אם היה אונס, אז פטור אף מדין ערבות

ונראה לומר, דלעולם שותפין שקבלו פקדון נעשים לכה"פ **ערבים** זל"ז כמבואר בפירוש בירושלמי הנ"ל, וכן נמי הביא הרמ"א בעצמו שתי פעמים להלכה, והפירוש שנעשים ערבים, היינו באופן **ששניהם פשעו בהשמירה**, אז חייב כל אחד על חלקו ונעשה ערב על חלק חבירו, כמו בשותפים שלוו דמלווה להוצאה ניתנה אמרינן דנחשב כאילו כל אחד לוה החצי ומקבל עליו ערבות על חלק חבירו, כן הדין בשנים שקבלו שמירה נחשב כאילו כל אחד נעשה שומר על מחצה וערב על חלק חבירו, ודין זה הוא בין לגבי המפקיד ובין לגבי שאר בני אדם, כגון אם הזיק השור, אזי השותפין האחרים נכנסו תחת הבעלים לחייב בהזיקות השור, ויש להם דין בעלים לגבי הזיקות שכל אחד חייב לשלם פלגא ממה שהזיק השור וערבים על כל ההיזק. אך באופן שלא פשעו שניהם בהשמירה, רק אחד מהם פשע והשני היה **אונס גמור, פטור השני גם מדין ערבות**, כמבואר בב"מ בהמפקיד על דעת אשתו ובניו, והטעם כמ"ש הפוסקים גבי **שומר שמסר לשומר** דפטור במקום דלא שייך לומר את מהימן לי בשבועה היאך לא מהימן, וכגון דרגיל להפקיד, דהטעם משום דאוקמית לך גברא בחריקאי, והרי עשה השומר שמירה מעולה שמסר לבן דעת הנאמן לו, ונפטר מצד חיוב שמירתו, ואז פטור הוא, גם לגבי אחרים אם הלך והזיק השור, כמו שהבעלים פטורים שמסרו השור לבר דעת לשמור, וזהו נמי הפשטות של הגמ' בב"ק דאם מסר שורו לחמשה בני אדם והלך אחד מהם, אי בלאו איהי נמי מינטר מאי קעביד, הפירוש ופטור לגמרי .

ובנידון דידן לפי שיטות כל האחרונים שהבאתי לעיל חייב השותף לשלם מדין ערבות. ואפי' לפי מה שביארנו בתשו' הרמ"א שפטור ואין לו דין ערבות, היינו רק אם היה אונס גמור, והכא מה שהיה שני אנשים בהגמ"ח היה כדי לפקח אחד על השני, וכצדקה שאינו נגבית אלא בשנים, וזה היה סמיכת דעת הקהל, ועוד מה שנטלו השותפים הריבית מהבאנק על המעות נעשים שומרי שכר על המעות והייבים לשמור שמירה מעולה, ופשעו כל אחד מהשותפים וא"כ חייבים לשלם לצד א'. ועוד שנראה לבי"ד שצד ב' השתמש במעות לצרכו, ולכן חייב צד ב' לשלם כל הסכום לצד א'.

סימן ו'

נושא הדיון: הרחקת נזיקין והגדרת גירי דיליה

שאלה:

באו לפנינו שני שכנים ,בדין ודברים שביניהם, והוא, שביתו של צד א' מגיע עד לחצרו של צד ב', דלצד הב' יש חצר ורחבה מאחורי ביתו הסמוכה וגובלת אל ביתו של השכן צד א', ונמצא החצר של צד ב' הוא כחלל בין שני בתים, והנה בכל עת שגשמים יורדים, היו המים היורדים בחצר ביתו של הצד הב' נבלעים בעפר ולא היו מגיעים לביתו של צד הא', אלא שבתקופה האחרונה עשה בעל החצר הצד הב' קרקע מרוצפת על ידי טיט יבש ורצפה, ועתה חודרים המים ונכנסים אל ביתו של צד הא', ועל כן צד א' תובע את צד ב' לסלק הזיקו ולהחזיר העפר כבתחילה כדי שלא יבואו אליו המים, וגם לשלם הפסד כותל וארגז מלא ספרים שנפסדו מחמת מי הגשמים הללו.

תשובה:

מקור הסוגיא מתי נחשב לגירי דיליה

איתא בגמ' (בבא מציעא קיז ע"א), הנהו בי תרי דהוו דיירי חד עילאי וחד תתאי, איפחית מעזיבה, כי משי מיא עילאי, אזלי ומזקי לתתאי, מי מתקן, ר' חייא בר אבא אמר העליון מתקן, ור' אלעי משום ר' חייא בר' יוסי אמר התחתון מתקן. והקשו שם בגמ' והאמר רב אשי כי הוינא בי רב כהנא הוה אמרינן מודה ר' יוסי בגירי דיליה, ומתרץ דפסקי מיא והדר נפלי. משמע מדברי הגמרא שמה שהמים יורדים להקרקע ואח"כ נוטפים להבית לא נחשב כגירי דיליה. וכן נמי משמע בסנהדרין (עז ע"ב), אמר רב פפא האי מאן דכפתיה לחבריה ואשקיל עליה בידקא דמיא, גירי דידיה הוא ומיחייב, הני מילי בכח ראשון אבל בכח שני פטור. ומצינו סברא זו בגמ' ב"ב (כב ע"ב), מרחיקין הסולם מן השובך כדי שלא תקפוץ הנמייה, ואוקמי בגמ' שהמשנה הוא בשיטת ר' יוסי, ומודה ר' יוסי בגירי דיליה, והכי נמי זמנין דבהדי דמנח ליה יתבה בחור וקפצה, הרי מוכח מכאן דבמקום שלא מגיע היזק תיכף בזמן שהמזיק עושה מעשה היזק, לא נחשב כגירי דיליה, וה"ה בעילאי דמשי מיא, בזמן שהמים יורדים ומזקי לתתאי כבר **נפסק** מעשיו של המזיק, דפסקי מיא והדר נפלי, ולכן לא נחשב כגירי דיליה.

אולם בטור (חו"מ סימן קנה) מפרש הסוגיא דבבא מציעא בהבית

והעלייה דאיירי באופן שהמים נבלעים במעזיבה ומשם מטפטפים לבית, ולכן אינו חייב לסלק הזיקו, ולפי דבריו משמע אם אין שם מעזיבה, חייב העליון לסלק הזיקו. וכנראה שהיה לו גירסא בגמ' 'לא איפחית מעזיבה'. אך אפילו לדבריו אם המים **נבלעין** ואח"כ יורדין לא נחשב כגירי דיליה, ושם אינו חייב לסלק הזיקו.

ידון בסתירת הסוגיות

והנה מהרבה סוגיות בבבא בתרא בפרק לא יחפור נראה לכאורה שהדין שונה, דהנה נשנו שם כל המשניות בדיני הרחקת נזקים, כגון הרחקת מי רגלים מן הכותל, וגם נברכת הכובסין ואמת המים מן הבור והכותל, ומבואר בגמ' הטעם משום דמתונתא קשה לכותל, נמצא שצריך להרחיק הבור ואפי' אם המים מגיעים לבור חבירו ע"י **הפסקת** כותל בורו, ואם אינו מרחיק, נחשב כגירי דיליה, ואפילו רבי יוסי מודה שצריך להרחיק, שהרי כל מה שנחלקו רבנן ורבי יוסי הוא רק במי שנטע אילן סמוך לבור שבחצר חבירו, שרבנן סוברין שיש לבעל האילן להרחיק אילנו כ"ה אמה שלא יגיע שרשי אילנו לבורו של חבירו ויגרמו לנפילת כתלי הבור, ור' יוסי סובר שאינו צריך להרחיק משום שהוא נוטע בתוך שלו ואינו צריך להתחשב בזה שעל ידי כך נגרם נזק לחבירו, אבל בשאר הרחקות מודה רבי יוסי.

וראי' לזה מהא דמקשה הגמ' בהרחקת סולם מן השובך שלא יבואו נמיות לשובכו של חבירו, לימא מתני' דלא כר' יוסי, שלשיטתו על הניזק להרחיק את עצמו. ומשמע שכל שאר הרחקות מודה רבי יוסי לחכמים שעל המזיק להרחיק ונחשב גירי דיליה. וכן נמי הביאו התוס' (שם כב) בשם הר"ח שלא חלק ר' יוסי ואמר על הניזק להרחיק את עצמו אלא באילן, שכשנוטע האילן אינו מזיק כלום אלא שלאחר זמן רב, יבואו השרשים ויזיקו לבור, ולא הוי היזק בידים. וכן דעת הרי"ף בדף כה. ולפי"ז מה שהמים יורדים על הקרקע של המזיק ואח"כ מזיקים להכותל שבצידו נחשב כגירי דיליה, ואפי' אם רק יש לו אמת המים בחצירו ונבלעים באדמה ושהו שם, ולאחר זמן מזיקין כתלי הבור של חבירו, מודה ר' יוסי שעל המזיק להרחיק, ולכאורה הלכה זו סותרת לגמ' בהבית ועלייה. אמנם לדעת רש"י בדף כב לא קשה, שהרי כתב שם שהרבה דינים הנשנים במשניות בפרק זה אינם לשיטת ר' יוסי. אבל מהמשנה מרחיקין משרה מן הירק וחרדל מן הדבורים, ור' יוסי מתיר בחרדל מפני שיכול לומר לו עד שאתה אומר לי הרחק חרדלך מן דבוראי, הרחק דבורך מן חרדלאי שבאות ואוכלות לגלוגי חרדלאי. ולפי"ז מוכח שבכל שאר דברים מודה ר' יוסי שעל המזיק להרחיק את עצמו, ודלא כרש"י.

וגם צריך לבאר הגמ' (ב"ב יח ע"א) שמביא ראיה לשיטת אביי שאמר הבא לסמוך לכתחילה סומך, מהא דתניא מרחיקין את המשרה מן הירק ואת הכרישין מן הבצלים ואת החרדל מן הדבורים, טעמא דאיכא ירק, הא ליכא ירק סמיך, לא כי ליכא ירק נמי לא סמיך, והא קמ"ל דהני קשו אהדדי, אי הכי אימא סיפא ר' יוסי מתיר בחרדל

מפני שיכול לומר וכו', ואי דלא סמיך היכי משכחת לה, אמר רב פפא בלוקח, אי בלוקח מאי טעמא דרבנן, ועוד מאי טעמא דר' יוסי אפילו משרה וירקא נמי, אמר רבינא קא סברי רבנן על המזיק להרחיק את עצמו, מכלל דר' יוסי סבר על הניזק להרחיק, אי על הניזק אפילו משרה וירקא נמי וכו', אלא ר' יוסי לדבריהם דרבנן קאמרי, לדידי על הניזק להרחיק את עצמו, ואפי' משרה וירקא לא בעי רחוקי, אלא לדידכו דאמריתו על המזיק תינח משרה וירקא וכו'. א"כ משמע מזה כשיטת רש"י דר' יוסי פליג על כל הרחקות שנזכרו במתני'.

והנה לפרש דברי רבינא יש כמה שיטות בראשונים, שהרי לכאורה קשה, דלשיטת הסוברים דרבינא מיירי בלוקח א"כ מהו סברת רבנן לומר שעל המזיק להרחיק, הא קנה הקרקע בתנאי זה, ולשיטת הסוברים שבתירוץ דרבינא חזר בו הגמ' ממה דאוקמה דוקא בלוקח ועתה איירי בכל אדם, ובזה חולק ר' יוסי שעל הניזק להרחיק, קשה, שלא מצינו ר' יוסי חולק רק באילן לבור. וכן נמי משמע מדברי רבא לעיל (יז ע"ב) שמתרץ דבריו שאמר אינו סומך, ג"כ אליבא דר' יוסי, משמע שר' יוסי מודה לכל הרחקת נזקין בר מאילן לבור. ומהכא משמע שר' יוסי מודה להרחקת דמתני'.

ובמשנה (כה ע"א) מרחיקין את האילן מן הבור כ"ה אמה, ואם הבור קדם קוצץ ונותן דמים, ואם אילן קדם לא יקוץ, ר' יוסי אומר אע"פ שהבור קודם לאילן לא יקוץ, שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו. וצריך להבין מדוע יש לניזק לשלם על האילן ומאי שנא הכא מבכל שאר נזקין השנויים בפרק זה, כגון מה ששנינו שלא יסמוך גפת סמוך לכותלי בור חבירו, אם עבר וסמך יש לו להרחיק את הדבר המזיק ואין הניזק צריך לשלם לו על כך, ולמה כאן לא חייבוהו חכמים לקוץ בלא דמים.

והובא בגמ' (ב"ב כה ע"ב) מעשה של פאפי יונאה עני הוה והעשיר, בנה אפדנא, הוו הנך עצורי בשיבבותיה, דכי הוו דייקי שומשמי הוה ניידא אפדניה, אתא לקמיה דרב אשי א"ל כי הואן בי רב כהנא הוה אמרינן מודי ר' יוסי בגירי דיליה. ומה הטעם שלא מועילה קדימתם והרי **החזיקו** בעלי השומשמין בשימוש זה של הכאה, ואפי' לרבא דס"ל שיכול לעכב אותו מלסמוך אפי' אם עדיין ליכא דבר הניזוק, אבל אם סמך ולא מיחו בהם כבר הוחזקו בזה. וכן נמי מצינו לעיל בדף כב ברפת ונחתום שאם היתה רפת או נחתום **קודמת** לאוצר, מותר.

ישוב הסוגיות

ונראה לתרץ וליישב הסוגיות על פי מה דאיתא בנתה"מ (סימן קנה ס"ק יח) שבכל מזיק אמרינן אדם מועד לעולם ועל המזיק להרחיק את נזקו, ואדם נמי חייב לשמור ממונו שלא יזיק את חבירו, אבל הני דחשיב בפרק לא יחפור הם באופן שאדם עושה שימוש רגיל ברשותו ואינו מתכוין להזיק שום אדם, ואם יתחייב המזיק להרחיק, יתבטל תשמיש זה מרשותו, וא"כ יש סברא לומר שמוטל על הניזק לשמור

עצמו ולהרחיק שלא יוזק ועי"ז צריך להגביל השימוש שלו ברשותו, ולאידך גיסא יש סברא שעל המזיק להרחיק ולהגביל שימוש שלו ברשותו כדי שלא יזיק הוא את אחרים, ומיירי ששניהם עושים תשמיש רגיל ברשותם. ולכן תקנו חכמים גדרים בכל מקום לפי תשמישו ולפי מעשיו של המזיק אם לחייב להרחיק את המזיק או על הניזק לשמור את עצמו, ובכללות אפשר לסווגן לשלש דרגות:

האחד: בתשמיש שאדם עושה בתוך שלו ועל ידי כחו מגיע היזק לחבירו **ומיד** מרגיש חבירו וניכר ההיזק, כאינשי דעוצרי שומשמי דכי דייקי שומשמי נייד האפדנא, זה נחשב כגירי דיליה וכחו הוא וחייבים לסלק היזקם אפי' אם קדמו לאפדנא. וכן הדין ברקתא אליבא דמר בר רב אשי, דהוא כגץ היוצא מתחת הפטיש וחייב להרחיק, (ולשיטת התוס' יח ד"ה וסבר ר' יוסי, משמע שהרחקת בור מרשות חבירו חשיב ככחו המזיק, דמפרש שם בדברי רבא שאמר אינו סומך, דלפי המסקנא לא אסר רבא אלא דוקא בבור משום טעמא דכל מרא ומרא וכו', ולפי"ד כל היזק של חפירת בור הוא מטעם דקמרפית לארעאי), ובהזיקות כגון אלו כו"ע מודים שעל המזיק להרחיק ולבטל תשמישו כדי שלא יזיק את שכינו, ואפי' חזקה אינה מועלת בהם.

השני: בתשמיש שאדם עושה בשלו ופעולת ההיזק נגמר מיד אבל **תוצאת הנזק** אינו אלא **לאחר זמן**, כגון היזק ע"י הבל או מתונתא שמזיקין לכותל, וכן אם שפך מי רגלים על כותל חבירו, וכן אם מניח גפת ועצים סמוך לכותל חבירו, או משרה אצל ירק, או נחתום אצל אוצר של תבואה, ונשתהו קצת זמן, עד שמגיע הנזק, בכל אלו מודה ר' יוסי שגירי דיליה הם, דמיד שמניח הגפת או שופך מי רגלים נעשה ונגמר מעשה ופעולת ההיזק, שהבל ומתונתא מזיקין להכותל, וא"כ על המזיק להרחיק, רק בזה אמרינן אם קדמו הם, מותרים לסמוך, כרפת שקדם לאוצר, ואז על הניזק להרחיק ולבטל תשמישו.

השלישי: במקרה שאף **פעולת ההיזק** אינו אלא **לאחר זמן**, כגון אילן סמוך לבור, שבשעת נטיעת האילן ליכא שרשים רק גדלים לאחר זמן, או סולם סמוך לשובך במקום שהשתא אין שם נמייה, (אלא שהגמ' מתרץ היות דזמנין דבהדי דמנח ליה קפצה הנמייה נחשב כגירי דיליה), או במשי ידא בעלייה במים מועטין דכשכלו מעשיו יורדים לתתאי דפסקי מיא והדר נפלי, וכן נמי בכל דבר, בלוקח, כגון קנה חלקו בשדה מן בעל המשרה או לקח חלקו מן בעל כרישין, שבשעה שקנה הניזק חלקו בהשדה כבר היה כאן משרה, בכל הני חולקין ר"י ורבנן, שלדעת ר' יוסי על הניזק להרחיק ולבטל תשמישו ואל יבטל תשמיש הרגיל של המזיק, שלא נחשב כגירי דיליה, וא"א לכוף למזיק לבטל תשמיש הרגיל שלו, ולרבנן אפי' כגון דא על המזיק להרחיק ובלבד שיתן לו שכר אילנו אם כבר נטעו. ובזה מיושב תירוצא של רבינא בלוקח ודו"ק.

תשובת הרא"ש הרשב"א והריב"ש

ואיתא בתשובת הרא"ש (כלל קח) וז"ל,

ראובן חפר גומא בחצרו שמי גשמים יקלחו לתוכה, וכשרבו המים בוקעין ועוברין **דרך חומות** מרתף שמעון, וגם מסריח בחצר שמעון מריח המים. נראה לי שראובן **חייב לסלק הזיקו**, אף לר' יוסי דאמר על הניזק להרחיק את עצמו היכא דלא הוי גירי דיליה, מודה הכא כיון דנפיש היזק דשמעון, וגם תשמיש שמעון קבוע ואי אפשר לו לסלק את עצמו, דאין דירה בלא מרתף וחצר, דלא קאמר ר' יוסי אלא בבור ואילן אע"פ שהבור קדם לאילן לא יקוץ שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בשלו, משום דסתם בור הוא מים המכונסין ובקל יכול הניזק לסלק את עצמו ולהרחיק את בורו מהאילן, ובור לא הוי כולי האי תשמיש קבוע, וגם לא נפיש הזיקא כולי האי, ולהכי קאמר ר' יוסי על הניזק להרחיק, אבל בכולהו הרחקות דמתניתין מודה בהו ר' יוסי דעל המזיק להרחיק את עצמו וכו', ומסיק שם, הרי כל הגאונים שוים בזה דילמד סתום מן המפורש, וכל הזיקות שלא נתפרשו בתלמוד שיעור הרחקותיהן בכדי שלא יזיק, הילכך אם נראה לעינים שהמים הנאספים לגומת ראובן עוברין למרתף שמעון, חייב ראובן לסלק הזיקו עכ"ל.

ולכאורה צ"ב דברי הרא"ש מגמ' הבית ועלייה **דפסקי** והדר נפלי, והתם לא מחייב ר' יוסי אפי' היכא ששופך המים בידים, ומנ"ל להרא"ש לחלק בין נפיש הזיקא להיזק מועט שבקל יכול לסלקו, או בין תשמיש קבוע לשאינו קבוע. ועוד קשה ממה שמצינו בשו"ת הריב"ש (סימן תקיז והובאו דבריו ברמ"א סימן קנה) היפך מזה, שכתב דאפי' את"ל כשהעליון נוטל ידיו ויורדים למטה הוו גירי דידיה כשאין שם מעזיבה (שיטת הטור), היינו דווקא כשבא המים **מכחו** ע"י נטילת ידיו, אבל כשהגשמים יורדים **מאליהן** בעלייה אין לומר כאן גירי דיליה, שאין באין מכחו אלא מן השמים הן יורדין. הרי סובר שבגשמים הכל מודים שעל הניזק לתקן שלא יוזק.

והרשב"א בתשו' (ח"ג סימן קפא הביאו הרמ"א סימן קנג סעיף ט) בדין שמעון שבנה כנגד כותל ראובן שבמבוי של שמעון, והחזיר שופכי גגו לאותו מבוי, וטוען ראובן שהשופכין מזיקין לכותלו, ושמעון טוען שמאחר שאין לראובן זכות במבוי ואין מזיקו בקילוח אלא מים נתזים במבוי, אין זה גירי דיליה ולא גרמא דגיריה, שכשנתזין המים שבקרקע לאחר שנופלין במבוי, אפילו גרמא אין כאן, והשיב הרשב"א, שאילו בא לעשות שופכין כעין מרזב, ודאי מזיק כותלו בקילוח ממש ומפיל כותלו, והמים שנופלין בגג שמעון שלו הם וממונו הם, שגגו קונה לו. והרשב"א בתשו' אחרת (ח"ב סימן קצט) דן במי גשמים שהיו מקלחים ממבוי עליון לרה"ר, ושם היה ביב שהיה קולט מי גשמים, ונסתם הביב, והמשיכו המים למבוי התחתון עד לבית הפנימי שבמבוי, וטוען בעל הבית שעל בני המבוי לתקן כדי שלא יבואו המים לחצירו, ובני המבוי טוענים שמאחר שלא הם קלקלוהו ומימי גגותיהם יורדים למבוי לאו גירי דידהו נינהו ואין להם לתקן, והשיב הרשב"א שאינו דומה להבית ועלייה, שהתם המים נבלעים

במעזיבת העליון וכאילו פסקו גירי דיליה, אבל מימי הגשמים אלה הוא כחן היוצא מגגותיהן וממבוי שלהם עוברים לבתיהם של אלה ומזיקם וחייבם לסלקם. ולכאורה דברי הרשב"א והריב"ש הנ"ל סותרים, דהרשב"א חשיב למי גשמים גיריה וממונו, ואילו הריב"ש סובר שלאו גיריה וגם לאו ממונו הם.

חילוק בין תשמיש רגיל לבין מעשה היזק

ולפי מה שביארנו בדברי הגמ' יתכן נמי לתרץ הכא כן, שבמקרה שאין עושה שום דבר משונה רק **תשמיש רגיל** וקבוע, כמשי ידא של בעל העלייה שא"א לאדם לדור בלי מים לרחוץ ידיו וכיוצא בו, כדמתרץ הגמ' (ב"ב יח) דירה שאני, וה"ה במעשה המובא בתש' הריב"ש שהגשמים יורדים מעצמם לרשות חבירו בלי שום מעשה, אז אין נחשבים כגירי דיליה, ואמרינן שעל הניזק להרחיק ולתקן הדבר, אבל אם **חפר בור** להכניס שם גשמים (שאינו נחשב כתשמיש רגיל) כמעשה שהביא הרא"ש בתשובתו, או אם **החזיר שופכי גגו** ע"י מדרון לרשות חבירו כמעשה שהביא בתש' הרשב"א, או אם עושה מעשה להחזיר מי גשמים שלו ע"י **מרזב** (שלא יזיקו את שלו) לרשות אחרת ונסתם הביב, בכל הני דברים שעושה מעשה היזק בידים, ודאי על המזיק למנוע ולתקן הדבר שלא יזיק את חבירו.

חיוב תשלומין בנזקי שכנים

ובמקום שצריך המזיק להרחיק ולא הרחיק והזיק, או אם הרחיק כשיעור ואפ"ה הזיק, כתב הראב"ד שפטור מלשלם, ובעל העיטור חולק וכתב (הביאו בטור סימן קנה) שחייב לשלם, שהרי מבואר במתני' (ב"ב כ ע"ב), לא יעמיד אדם תנור וכו' ואם הזיק משלם מה שהזיק, ומסיק בעל העיטור דה"ה בכל אינך שיעורין אם הזיק אפילו לאחר שהרחיקו חייב לשלם, ומשום היזק דנורא מינכרא לכו"ע וידיע נזקיה הוא דתנן הכי, אבל נזקין דלעיל לא ידיע עכ"ל. ואפשר לפרש דבריו שלא פליג על הראב"ד, רק מפרש המתני' שמיירי במזיק של אש **דאשו משום חציו**, ונחשב כאדם המזיק, וממילא חייב לשלם על כל הזיקות דאתי מחמתו, דאדם מועד לעולם, וה"ה בשאר הזיקות הדומות לאש חייב ובזה מודה הראב"ד, אבל **בממון המזיק** מודה העיטור שאינו חייב אלא אם פשע בה ולא שימר כראוי, כדיני ממון המזיק.

ובנידון דידן שצד ב' עושה תשמיש רגיל ברשותו, ועי"ז נתאספו המים ברשותו ומי גשמים יורדים לביתו של צד א', הרי הוא דומה יותר למעשה של הריב"ש שא"א לחייב צד ב' לתקן שום דבר **ואינו נחשב כגירי דיליה**. אולם אם צד א' רוצה לתקן בעצמו כגון להביא אומן לעשות ביב ברשותו של צד ב' אינו רשאי צד ב' למנעו מזה. ולענין חיוב תשלומין משום ממון המזיק לחייב צד ב' לשלם הזיקו, ג"כ אי אפשר שאפי' את"ל שהמים נחשבים כממונו, מ"מ מים (ע"י פשיעה) מחייבינן מטעם בור [בור המתגלגל] (ב"ק ל), ובור פטור על כלים, וכ"ש הכא שלא פשע וגם אין דעתו לקנות ולזכות בהמים, **אפי' מטעם ממון המזיק לית בה.**

סימן ז'

נושא הדיון: האם מהני מה שעושים בזמנינו, חוזה ליגאלי "קאנטראקט", לחייב את המוכר ואת הלוקח.

שאלה:

באו לפנינו מוכר ולוקח, שעשאו ביניהם שטר הסכם באופן ליגאלי הנקרא קאנטראקט למכור בית ששייך להמוכר, להלוקח, ובה מפורט כל תנאי המקח כגון דמי מקח וזמן המכירה, ועתה רוצה המוכר לבטל הסכם זה (בלי שום תביעה מיוחדת וטענת ממשות).

תשובה:

סוגית הגמ' בדין קנין דברים

בריש בבא בתרא איתא דחצר שאין בו דין חלוקה, אין כופין אותו לחלוק אלא אם קנו מידו לחלוק. ומקשה הגמרא, **קנין דברים הוא**, וזו פעם היחידה שהזכירו חז"ל מושג "קנין דברים". ובפשוטו קנין דברים היינו כל שאין חייב שום ממון, רק מקבל עליו לעשות שום דבר.

בגיטין (דף מ) האומר נתתי שדה פלונית לפלוני, נתונה לפלוני, הרי היא שלו, הרי היא שלו, אתננה לפלוני, ר"מ אומר קנה, וחכ"א לא קנה. אלמא לשון "אתננה" לא מהני. [לחכמים דקיימ"ל כוותייהו] והתם איירי בשטר. ולכאורה זה כעין קנין **דברים**. שהרי אינו נותן עתה כלום, רק רוצה ליתן לאחר זמן. אך יש לדחות דהתם לאו לשון קנין היא.

בע"ז (דף ע"ב) ההוא גברא דא"ל לחבריה: אי מזבינגא לה להא ארעא, לך מזבינגא לה, אזל זבנה לאיניש אחרינא, אמר רב יוסף קנה קמא. לפום ריהטא נראה שיש כאן קנין דברים, שהרי אינו מוכר עתה כלום, רק אם ירצה בעתיד למכור, הרי **מחייב עצמו למכור** לפלוני. אך פליגי ראשונים בפירוש הסוגיא.

בכתובות (דף קא) חייב אני לך מנה בשטר, רבי יוחנן אמר חייב, אלימא מילתא דשטרא כמאן דאמר להו אתם עדים דמי. ונאמרו בסוגיא זו הרבה פירושים בראשונים. אך יש מפרשים [רמב"ם וכ"פ בשו"ע] דאיירי **בחיוב חדש שמחייב עצמו ליתן** לפלוני מנה. כלומר שלא היה חייב לו מקודם שום דבר, רק אומר אני רוצה ליתן לך מנה. ובין שאמר זאת בפני עדים, בין שכתבו בשטר ומסרו לפני עדים, אפילו גלוי וידוע שלא היה חייב לו כלום, הרי נתחייב עתה, ולכאורה גם זה משתייך **לקנין דברים**. שהרי אינו נותן עכשיו שום דבר, ומהיכ"ת שיש חיוב היכא שאינו רק על העתיד, כלומר אני אתן לך כך וכך.

בב"מ (דף צד) מתנה ש"ח להיות כשואל. ומקשה במאי, בדברים, ומשני דקנו מיניה. ועיין בתוספות והרא"ש ריש אע"פ, דלא מיקרי קנין דברים, משום דמשעבד כל נכסיו, שאם יקרה אונס ישלם. פירוש לדבריהם: אין כאן קנין "להיות שואל" כעין קנין "לילך למקום פלוני", דאה"נ התם מיקרי קנין דברים, רק **הקנין הכא, הוא חיוב והשתעבדות לתשלומין**. [ולו יצויר שהיה חיוב שמירה בלי השתעבדות ממוני, כגון שמירה לקרקעות ולהקדש, אז אף בקנין, שיאמר: אני רוצה להשתעבד לשמור שמירה מעולה כעין שומר שכר (אף ברוח שאי"מ) אך לא להתחייב בתשלומין, אפשר דלא מהני].

שיטות הראשונים

הרמ"ה (הובא בטור קנ"ז) וכן ראב"ד (הובא בנימוק"י ריש ב"ב) וכן מוכח מרש"י (ב ע"ב ד"ה טעמא דרצו), שאם קנו מידם **לבנות כותל**, [כגון במקום שאין כופין מחמת היזק ראייה] לא חייל הקנין, דהוי **קנין דברים**. וכן באומר לחבירו אתן לך ר' זוז, וקנו מידו, ג"כ ל"מ. והני ראשונים הקשו מסוגיא דע"ז שהבאנו לעיל, ותירצו ע"פ דברי הרי"ף (פרק בית כור) דהתם באומר קנה שדה זו **מעכשיו**, אם אמכרנו. נמצא דכבר קנהו מעתה, ואין כאן קנין דברים.

ונעתיק כאן לשון הטור שם וז"ל ומיהו דוקא דקנו מיניה דמיחייב ליתן כך וכך, דדרך הודאה הוא א"נ דרך שיעבוד, דשיעבד נפשיה להכי, ולאו קנין דברים הוא, אבל אם קנו מידו לתת כך וכך או לבנות, כיון **שאין קנין נופל על החיוב** ולא על גוף הממון, אלא על הנתינה עצמה, והנתינה אין בה ממש אלא מעשה בעלמא, **הוי קנין דברים**, ומצי הדר ביה. ואיכא מרבוותא דסבירי להו דקנין לתת, לאו קנין דברים הוא, דס"ל דלא מיקרי קנין דברים אלא במי שקנו מידו לחלוק או להשתתף או לילך, ויראה מדברי א"א הרא"ש ז"ל **דלבנות לא הוי קנין דברים**. עכ"ל.

גם יש לצרף כאן שיטת הרשב"א בתשובותיו (הובא בב"י סי' קצה) "ששאלוהו על מי שיצא עליו שטר שכתוב בו **אתן לך כך וכך**, וכל אתן ואעשה אינו כלום. והשיב, דכל שקנו מידו, **אע"פ שלא אמר בלשון חיוב חייב**, דקנין מילתא אלימתא היא ומתקן הענין, וכאילו מחייב עצמו באותו דבר שאמר ליתן. וכדאסיקנא בריש הכותב (כתובות פג) דמגופה של קרקע קנו מידו. ובפרק זה בורר בענין נאמן עלי אבא באתן לך, מחלוקת, ואסיקנא דלפני גמר דין וקנו מידו אין לאחר קנין כלום, הרי שאפילו באתן לך וקודם גמר דין, אפילו למאן דאמר דבלא קנין יכול לחזור בו, בקנין מודה שהקנין מחזיק הענין כאילו מחייב עצמו ליתן מה שאמרו הם". אלמא לדידיה מהני "אתן" ו"אעשה" אם עשו קנין. וכן דעת בעל העיטור הובא בב"י ר"ו דלא כרי"ף שמוקי הסוגיא דע"ז באומר תקנה מעכשיו, רק איירי במחייב עצמו בסודר למכור לו שדה פלוני.

והנה יש סתירה בדברי רשב"א (הובא בב"י ר"ו) "שאלת מי שקנו ממנו בעדים שימכור **ביתו** לחבירו, וחבירו קנה לו בקנין

גם כן שיקננה כפי ראות שני אנשים הבקיאים בשומא, ונתרצו שניהם על כך וכו'. **תשובה**: לשון זה שאמרת איני מכירו ואינה ענין לקניינים אלו, **וקנין דברים** בעלמא, שהרי לא הקנה המוכר ביתו לחבירו אלא שקנו מידו שימכור. ובמה נתחייב למכור. וכן הלוקח לא חייב עצמו בכלום, ועובדא דההוא גברא דאמר לחבריה אי מזביננא להאי ארעא, לדידך מזביננא במאה זוזי. דאלמא אי זבנה במאה, לכולי עלמא קנה קמא, התם בשקנה האי ארעא **מהשתא**, והחזיק בה בתנאי שאם ימכרנה שתהא קנויה לו, הא לאו הכי לא עשה ולא כלום. וכן כתב רבינו האי בספר המקח כגון שקנו מן המוכר ואמר הקניתיה לך בדמים כך וכך מעכשיו, וכשארצה למכור והקרקע עומדת ביד הלוקח, כהאי גוונא קני. ואי לא, לא קני'. ושוב בהמשך דבריו וז"ל: אם שנים אלו שאמרת, **חייבו עצמם כראוי** זה למכור וזה לקנות, מסתברא שכל שזה בא לקנות, **חייב השני למכור**. וכל שהמוכר בא למכור, חייב הקונה לקנות". ולכאורה נראים דבריו סותרים זא"ז וכבר עמדו עליו האחרונים.

סתירה בדברי הקצוה"ח

גם בספר קצות החושן (חו"מ רמ"ה) מסיק דשטר של אתננו, מהני. [דלא כרשב"א שכתב דבעינן קנין סודר דווקא] והא דאמרי' בגיטין דלא מהני, היינו שאין השדה נמכר, אך בוודאי **חיילא חיוב אגברא למכור שדה זו**. ויותר מזה הרחיק לכת בקצות (חו"מ ר"ו) כדברי מהר"א ששון (סימן קל"ג), שאף אם עבר ומכרו לאחר, לא מהני. דהוי כאילו יש כאן "שעבוד" ויכול הראשון להוציא משני [כעין טריפת לקוחות] ובנתיבות שם דחה דבריו, וכן הוא בבית שמואל (באבה"ע סימן נ"א) שהוא הראשון שהאריך לבאר שיטה זו [מהרי"ו] שיש חיוב אגברא לקיים דבריו, אבל אין זה שעבוד נכסי. ונפק"מ לענין זה שאם קדם ומכר לאחר, מה שעשה עשוי. גם שאין מוציאין מן היורשין.

והקשו רבים, שהרי בקצות בסימן ר"ג, כתב שא"א לשעבד עצמו למכור חפץ מסוים, ורק אם משועבד לשלם מכל אשר יש לו, אז חיילא שעבוד. וא"כ מה זה שכתב אחר זה, שיכול לעשות שטר של "אתננו" שבמפורש איירי בשדה זו, עיין שם בגיטין. והרבה דחקו בזה.

אדם משעבד עצמו ע"י קנין או שטר לעשות דבר שיש חיוב ממוני עליו ומהני

ואשר נלפע"ד ליישב כל זה. ובתחילה נחזור לדקדק היטב בדברי רמ"ה הובא בטור וז"ל: ומיהו דוקא דקנו מיניה דמיחייב ליתן כך וכך, דדרך הודאה הוא א"נ דרך שיעבוד, דשיעבד נפשיה להכי, ולאו קנין דברים הוא, אבל אם קנו מידו לתת כך וכך או לבנות, כיון שאין קנין נופל על החיוב ולא על גוף הממון, אלא על הנתינה עצמה, והנתינה אין בה ממש אלא מעשה בעלמא, הוי קנין דברים, ומצי הדר ביה. עכ"ל. והלא כולם מביאים שרמ"ה הוא "המחמיר" וסובר דקנין אתן לא מהני. אבל מה זה שכתב א"נ דרך שיעבוד,

דשיעבד נפשיה להכי, אלמא גם לדידיה מהני כששיעבד נפשו. ורק שאין נופל קנין על הנתינה. ודבריו סתומים קצת.

מה שאדם מחייב ומשעבד גופו ליתן דבר ממוני מהני, רק קנין לילך או להשתתף ה"ה קנין דברים

ונראה שבוודאי מודה שיכול אדם לשעבד עצמו לעשות איזה דבר ממוני אך אם מחייב את עצמו **לילך או לדבר** וכו' התם וודאי **לא מהני** כלל, אפי' קנין לא מהני, כאשר הובא ברמב"ם וגם באבן העזר סימן נ"א [ולאו דווקא כתב שם המרדכי דלא מהני לבנו או לאחרים, דה"ה לעצמו לא מהני. ולרווחא דמילתא כתב כן] וזה שיכול אדם לשעבד ולחייב עצמו לעשות דבר ממוני, מוכח מסוגיא דע"ז, ומסוגיא דכתובות, וכן ממתנה ש"ח להיות כשואל. וכל בעיית הרמ"ה היא, **אם עשה קנין על הבנייה** במקום שאין "קנין נופל על הגוף לשעבד עצמו לבנות" כלומר אם אומר "אני מסכים לבנות" וחבירו משיבו: "אתה מוכן לקבל קנין ע"ז" והלה משיבו: "כן" ומגביה סודר. במקרה כזה איירי סוף דברי רמ"ה וגם רשב"א בתשובה הובא ב"י ר"ו בתחילת התשובה. כיון דקבלת הקנין קאי על "עשייה" ועשייה אין בו ממש.

אבל בסוף דבריו שם וכן בתחילת דברי רמ"ה. היינו באומר בלשון זה: הריני מקבל קנין לחייב עצמי וגופי לעשות כותל. ובכה"ג וודאי מהני, דשפיר אדם יש בו ממש, וחייל חיובא אקרקפתא דגברא [ומצינו חילוק כעין זה גבי נדרים. כשאומר קונם פי מדבר או קונם פי לדיבור. עיין היטב בפרק שני דנדרים ובר"ן].

מחלוקת ראשונים היכא שלא אמר בלשון המועיל.

נמצא עיקרן של הדברים: מה שכתב בקצות ר"ג שלא מהני, היינו באופן שמקנה לו פרה, ורוצה **שיחול החיוב על מעות פלוני דוקא.** נמצא חליפין אין כאן, דמעות לא נקנו בחליפין, גם חיוב גברא אין כאן, כעין כל לוקח שחייב לשלם דמים אפילו מגלימא דעל כתפיה, שרוצה שיחול החיוב רק על מעות אלו. אבל בגוונא שאדם **מחייב את עצמו למכור שדה פלונית, שפיר** מהני. כי על כל דבר ממוני יכול אדם לשעבד עצמו כלשונו של רמ"ה.

והגאונים שנחלקו שם על הרמ"ה הובא בטור שם, סוברים שמפרשים דבריו באופן המועיל. כלומר אף שעשה בדרך שעשה הקנין על הבנייה כמו שהבאנו לעיל, אנחנו מפרשים דהוי כאילו אמר "אני משעבד גופי".

תבנא לדינא: מה שנהוג היום לעשות contract of sale וענין הקאנטראקט הוא שמחייב עצמו לעשות דבר בחיוב גופו שיהיה legally binding כי זה חפצא של הקאנטראקט כמבואר לכל מעיין בחוקי קאנטראקט an intention between the parties to create binding relations **נמצא שיש בדעת** שניהם רצון לשעבד גופם באופן המועיל, ולדעת הקצות (בסימן רמ"ה) גם בשטר מהני, ויש לב"ד לכפות את המוכר ואת הלוקח לקיים דבריהם, אך אם עבר ומכרו לאחר, יש להכריע כרוב הפוסקים, דמהני המכירה (דלא כדברי מוהרא"ש וקצוה"ח). וא"כ בנידון דידן על המוכר לגמור המכירה עם כל התנאים שהתנו ביניהם.

סימן ח'

נושא הדיון: האם יש תוקף להסכם שלא לעשות

שאלה:

באו לפנינו מוכר ולוקח בדין ודברים שביניהם, שלפני כמה שנים מכר המוכר ללוקח חלק השותפות שהיה לו בחנות ובעסק, וקנה הלוקח באופנים הראויים לקנות כדת וכדין. ואחר שנה חתמו שוב 'שטר מכירה ועיסקה' על יסוד שטר המכירה הראשון וביארו בשטר 'שכל פרטי המכירה נערך ע"י חוזה חוקי הנ"ל אבל כדי ליתן תוקף שלא יהא חשש רבית הוסיפו כל המבואר בהשטר', ובהסכם החדש היו הרבה תנאים לטובת הלוקח, ובאחד מפרטי ההסכם החדש התנו שהיות ולמוכר יש חנות ועסק נוסף סמוך לחנות שמכר, על כן 'התחייב המוכר שלא להרחיבה ולהגדילה ושלא לעשות שום שינוי בהחנות לזמן בלתי מוגבל'. [ולא הטילו שום קנס עליו אם עבר על תנאי זה, ולפי המבואר (שם סעיף ו) שלוקח יכול לעכב הקרן והריווח עד שיקיים המוכר מה שקיבל על עצמו, דהיינו הרווחת זמן פרעון עד שיסלק היזיקו, אולם כאן כבר שילם כל התשלומין על רכישת החנות].

והנה עתה אחר עבור ג' שנים שהגדיל המוכר את חנותו הסמוכה, בבניית מדפים מחוץ לחנותו, בא לפנינו הלוקח וטוען שהמוכר הגדיל חנותו, ועל ידי זה נכנסים הרבה אנשים לקנות אצל המוכר ולא בחנותו, ומתוך כך הוא מזיקו ומפסידו שלא כדין, ורוצה שבית דין יחייבוהו לסלק המדפים החיצונים שבנה, כי בהסכם נכתב 'לא להרחיב החנות', והמוכר טוען שהסכמתו שלא להרחיב היינו שלא לרכוש עוד חנות בסמיכות וכדומה, אבל לבנות מדפים בחוץ לא היתה כוונתו, [והלוקח אינו מכחיש רק טוען שלשון השטר מחייב ששם נכתב שלא יעשה המוכר שינוי כלל]. ומאידך טוען המוכר שכל המכירה היתה בזול מחמת שהיה עומד בדחקו למכור חלקו, [בשל מחלוקת עם שותפו], ואדרבה כבר אז דיבר עם הלוקח והבטיח לו הלוקח על כך שבמשך הזמן כשיורחב וירווח לו, יוכל לשוב לרכוש חנות זו מיד הלוקח. ומה שאמר לו שאפשר שימכור לו גם את החנות הסמוכה, זאת אמר לגודל

דחקו ומחלוקתו עם שותפו, אבל לא עלתה בדעתו להסתלק מן העסק לעולמים. ועוד טוען המוכר שטענת הלוקח שמפסיד, מחמת בניית המדפים אינה נכונה, כי יש הרבה תחרויות והרבה חנויות חדשות מסוג זה, ומאן יימר שהלקוחות באים אליו יותר.

תשובה:

בירור הסוגיא

הנה בקנין אתן ישנה מחלוקת ראשונים, בתשובת הרשב"א מובא בב"י סי' קצ"ה פסק דמהני, ורמ"א סי' רמ"ה פסק כהרמ"ה דאפילו קנו מידו ליתן הוי קנין דברים. (עיין בסימן שלפני זה ביאור רחב בדברי הרמ"ה) ואפילו בשותפים שקנו לעשות מחיצה איתא בתוס' ריש ב"ב (ג ע"א ד"ה כי רצו) דאפשר להשתעבד גופו בקנין לבנות מחיצה, דאיכא למימר דקנו ושיעבדו נכסיהן ולהכי מהני, ורש"י (שם בעמוד ב' ד"ה טעמא דרצו) סובר דאפילו קנין לבנות, קנין דברים הוא, ועיין בנמוק"י שם בשם הגאונים דלא מהניא והוי קנין דברים, והובא שם בשם הראב"ד דאם קנו השותפים להתחייב אחד לחבירו ממון מהני, אבל לעשות כותל קנין דברים הוא, ופסק הרמב"ם בהל' מכירה פ"ה הי"א בקיבל עליו קנין לגרש, דקנין דברים הוא. (ועיין ב"ש סי' קלד ס"ז מ"ה קצ"ה ט"ז וש"ך יו"ד רנ"ח כב).

והמחייב עצמו בלשון חיוב, הביא בקצות החושן (סימן רו) את דברי מהרי"ט (שו"ת חו"מ סי' פא) שאי אפשר לחייב גופו ליתן חפץ מסוים רק באופן שיש שעבוד נכסי, ובתשו' מהר"א ששון (סימן קלג) חולק וסובר דאפשר לחייב עצמו למכור, דלשון חיוב חל שעבוד על גופו וכן פסק הנתיבות בר"ג, ובקצוה"ח (סימן רמ"ה) משמע שהתחייבות למכור וליתן מהני, לכפות את הנותן לקיים את התחייבויותיו, ואפי' בשטר בלי קנין מהני. (ועיין בסימן שלפני זה יישוב בדברי הקצוה"ח, וביאור רחב בסוגיא דקנין דברים).

התחייבות שלא לעשות

היוצא לנו מכל זה דאפילו להפוסקים הסוברים דקנין התחייבות בלשון אתן אמכור או למכור מהני, החיוב והשעבוד חל על הגוף ואפשר אפי' על הנכסים כדעת הקצוה"ח בסימן ר"ו, אבל **התחייבות שלא לעשות לא מצינו בגמ' ושו"ע** [אפילו שיטה יחידאה] שאפשר לחול שעבוד או התחייבות שלא לעשות שום דבר, רק בלשון נדר או שבועה, ואפשר שיש להוכיח דלא מהני מריש השותפין, דקאמר וכי קנו מידו לחלוק בחצר שאין בו דין חלוקה מאי הוי, ליהדרו בהו [דקנין דברים בעלמא הוא], ומוקי לה בגוונא דקנו מידו ברוחות וכו', ואי איתא דמהני התחייבות שלא לעשות, הו"ל לתרץ בפשיטות הכא במאי עסקינן שקנו מידו שלא לדרוס בג' אמות של חבירו, [וממילא כופין לחלוק או אפילו לעשות מחיצה

כמבואר ברמב"ם, דכל היכא שכל אחד מכיר את שלו, הדין כן]. ומדלא מתרץ הכי בפשיטות, אלמא קנין כי האי גוונא לא מצינו.

ויש אחרונים שהאריכו בדבר זה אי מהני התחייבות על דבר שלילי כגון שלא לבנות וכו׳, ועיין בתשובות מהר"ם לובלין (סימן קח) ובערך ש"י (סימן רה) ובדברי חיים (חו"מ סימן לא) שסוברים דלא מהני, לעומת זה הביא בספר דברי גאונים (מא ע"ב ז) קצת אחרונים דמהני, והמהרש"ם (סימן רכו) הסיק דיכול המוחזק לומר קים לי, וכן העלה במשפט שלום (סימן רט).

להעיר: יש מביאים ראי׳ מתשובות מהרשד"ם (חו"מ סימן שע) שהקהל עשו קנין שלא לגבות מס מן היתומים. אבל אינו ראיה דהרי התם יש הסתלקות ממונית. גם יש מביאים מתשובת חת"ס (יו"ד סימן ט) דקיבל עליו השוחט שלא לעסוק בשחיטה ופסק החת"ס דמהני, אבל המעיין יראה דהתם משום דע"מ כן לימדו האומנות, וכאילו זה שכר פעולת המלמד [כנראה שלימדו בחינם או בזול], וקעבר משום עושק שכר שכיר, אבל מי שמתחייב חיוב חדש שלא לעסוק או שלא לבנות וכו׳ מי יימר דמהני.

ובנד"ד שכל אופני המכירה לחנות כבר נגמרה יותר משנה לפני כן, כמבואר בפירוש ב׳שטר מכירה ועיסקא׳ (׳דהסכימו הצדדים ביניהם על כל פרטי ותנאי המקח אשר נרשם ונערך בחוזה חוקי הנעשה ע"י עו"ד׳), וממילא הקבלה אפי׳ בלשון התחייבות (שלא הזכיר שום טובה להמוכר מפני מה התחייב את עצמו) עומדת לבדה באופן גרידא וערטילאית ואינו מחייב, (ומה שעשו היתר עיסקא בכתב אח"ז, אדרבה זו היתה טובת הלוקח ואינו סיבה לחייב).

ואפילו אי נימא שכ"ז היה תנאי בהמכירה (הגם שנראה להבי"ד דאינו כן מכל השתלשלות הדברים שהציעו הצדדים לפנינו) והמקח בטל עבור זה, הכא הלוקח לא רצה בחזרה, וגם טען המוכר בבי"ד, דבעת שקיבל עליו שלא להרחיב היה הכוונה לחנות אחרת ותו לא מידי, ובזה לא היה הכחשה מצד התובע, רק אמר שלשון השטר מחייב מכל מקום והלשון שלא לעשות שום שינוי נכלל זה, ולא עוד שא"א לברר שהלוקח הוזק מחמת זה.

סוף דבר: אף אלו שכתבו דהתחייבות שלילית מהני, היינו בצירוף טעמים אחרים, אבל משום האי טעמא לחודיה, לא ברירא לשום אחד דמהני, ואם רואים בית דין שאין בזה שום עוול בעצם, (מחמת שא"א להוכיח ולברר שההיזק מגיע לו מחמת תוספת המדפים הנבנה), אין מקום לחייבו להסיר המדפים שבנה בחוץ.

סימן ט'

מה הדין בקבלן שחזר באמצע המלאכה אחר שכבר קיבל המעות מיד בעה"ב, אם חייב הקבלן להחזיר המעות שקיבל (בשביל מה שכבר עבד) במקום שגרם הפסד לבעה"ב בחזרתו

ומה הדין בשאר דברים כגון שכירות בתים או שכירות מטלטלין אם אחד חזר בו וגרם היזק והפסד לחבירו

שאלה:

באו לפנינו שני ד"ת באותה התקופה השייכים לסוגיא אחת:

דין תורה א' - בעל הבית ששכר קבלן לבניית תוספת הרחבה לביתו, והסכימו בכתב ע"י חוזה מסודר עבור המלאכה ועבור התשלומים שיעלו לסך מאה וחמשים אלף דולר, ושילם הבעל הבית להקבלן סך של שבעים אלף דולר, והחל במלאכה, ועתה באמצע המלאכה (אחר שגמר הערך של חצי המלאכה) חזר בו הקבלן בטענתו שהוצאותיו יתירות על הריוח, ועתה באו לדון לפנינו כי צד א' הוא הבעל הבית תובע את צד ב' שהוא הקבלן סכום של ארבעים אלף דולר בטענה שאי אפשר למצוא פועלים אחרים להשלים המלאכה אלא בסך של מאה ועשרים אלף דולר, ומחמת החזרה של הקבלן הגיע לו היזק, אולם צד ב' היינו הקבלן טוען, אדרבה שצד א' עדיין חייב לו לפי חשבון המלאכה שכבר עשה סך חמשה אלף דולר, שלפי ערך המלאכה שכבר עשה מגיע לו חמשה ושבעים אלף דולר, וכבר קיבל תשלום של שבעים אלף לפני תחילת המלאכה ועל כן תובע החמשת אלפים שעדיין חייב לו.

דין תורה ב' - בעל אחוזה גדולה [הנקרא מחנה] בהרי הקעטסקילס שבארה"ב שמשכיר את אחוזתו בתקופות הקיץ לתלמידי ישיבה, עמד עם מנהלי הישיבה במשא ומתן בחודש שבט אודות שכירות המקום לזמן הקיץ, וגם פסקו דמים ביניהם, ובחודש תמוז סמוך ונראה לעת

התחלת השכירות חזרו בהם צד ב' הם הנהלת הישיבה כי מצאו מקום אחר, ובגלל זה מפסיד המשכיר הוא צד הא' את דמי השכירות של שנה זו.

תשובה:

בירור הסוגיא

בריש פרק האומנין (ב"מ עה ע"ב) תנן במתני', השוכר את האומנין והטעו זה את זה אין להם זה על זה אלא תרעומת, שכר את החמר ואת הקדר להביא פרייפרין וחלילים לכלה או למת, ופועלין להעלות פשתנו מן המשרה וכל דבר שאבד וחזרו בהן, מקום שאין שם אדם שוכר עליהן או מטען. השוכר את האומנין וחזרו בהן ידם על התחתונה, אם בעל הבית חוזר בו ידו על התחתונה, כל החוזר בו ידו על התחתונה. ובגמ' הביאו הברייתא השוכר את האומנין והטעו את בעל הבית או בעל הבית הטעה אותן אין להם זה על זה אלא תרעומת, במה דברים אמורים שלא הלכו, אבל **הלכו** חמרים ולא מצאו תבואה, פועלין ומצאו שדה כשהיא לחה, נותן להם **שכרן משלם.**

והנה במה ששנינו בבעל הבית החוזר שיש חילוק בין הלכו ללא הלכו נחלקו הראשונים, שלפירוש התוס' מה שנקטו הלכו הוא לאו דוקא, **וה"ה בלא הלכו**, אם חזר בעה"ב בזמן שלא ימצאו הפועלים עוד להשתכר, חייב לשלם להם מדינא דגרמי אע"פ שלא הלכו, ונקט הלכו משום אורחא דמילתא, דבזמן שהלכו לא שכיח שימצאו עוד להשתכר. והרא"ש הביא דברי התוס' אך סיים כדברי הרמב"ן שנקט **הלכו** שאז חייב לשלם מפני שנחשב **כהתחלת המלאכה**, ושכירות פועלים נקנית בהתחלת המלאכה, ולכן חייב הבעל הבית לשלם לפועלים.

ובקצות החושן (סימן שלג סק"ב) הביא קושית בנו על שיטת התוס' שמחייבים את הבעה"ב אם חזר בזמן שלא ימצאו להשכיר עצמם משום דינא דגרמי, מדוע שונה זה ממבטל כיסו של חבירו או נועל חנותו של חבירו, כמבואר בירושלמי (ב"מ פ"ה ה"ג) שפטור מלשלם כיון שאינו מזיק אלא **מונע ממנו רווח**. ובנתיבות המשפט שם הקשה ג"כ דאינו דומה למה שמבואר בב"ק (פה ע"ב) אילו הדקיה חבירו באנדרוניא ובטלו ממלאכתו חייב לשלם משום שבת, דשם אינו חייב רק על זמן שהדקיה ולא על מה שגרם, דהא אילו הדקיה על חצי יום ודאי דא"צ לשלם על חצי יום האחר, **דאין זה בדין שבת**, דכל שלא נתכוין להזיק אינו משלם ד' דברים. א"כ למה בפועל חייבים לשלם לכל היום.

מהו קנין הפועל

והנה על שיטת הרמב"ן קשה, היכן מצינו **קנין זה של התחלת מלאכה** לחייב את הבעל הבית לשלם להם לכל המלאכה. ודומה לזה מצינו בריש הזהב, תניא נתן מעות הקדש לספר מעל (והקשו שם בגמ' על ר' יוחנן דס"ל משיכה קונה במטלטלין

ולא במעות), והא בעי לממשך התספורת. ותוס' שם פירשו דמכאן אומר ר"ת דהסופר שהשכיר עצמו אם משכו ממנו קולמוס או תער שלו שוב אינם יכולים לחזור בהם. והב"י הביא הריטב"א בתשובה, שלא אמרו פועל יכול לחזור אלא בהשכיר עצמו באמירה, אבל כל שנשתעבד **בקנין אינו יכול לחזור**, ואף שבפועל אמרינן כרב שיכול לחזור אפי' באמצע המלאכה משום כי לי בני ישראל עבדים, אבל בקנין אינו יכול לחזור. וכל זה צריך ביאור היאך **חל הקנין** והשיעבוד על הפועל במה **שמשך** בעל הבית כלי אומנתו, ובכל מקום שמהני קנין סודר חליפין לפי מה דקיימ"ל בכליו של קונה, היא בדרך שהקונה מקנה כליו להמוכר ובזה משתעבד המוכר בחזרה, אמנם קנין, שאני מקנה לך דבר זה וגם דבר אחר, לא מצינו כלל. ועוד קשה ששכירות פועל הוא כקרקע ולא מהני משיכה, ולכה"פ צריך לקנות באחד מדרכי הקנאה כסף שטר חזקה כעבד, ששכירות ממכר ליומא הוא, ואת"ל שליכא קנין בקבלן או אפי' בפועל כעבד, א"כ הרי הוא כקנין דברים שמשעבד עצמו לעשות דבר ולמה חל הקנין.

ומסקנת הברייתא דלעיל, במה דברים אמורים שלא התחילו במלאכה, אבל התחילו במלאכה שמין להם מה שעשו, כיצד קבלו קמה לקצור בשני סלעים, קצרו חציה והניחו חציה, בגד לארוג בב' סלעים ארגו חציה והניחו חציה, שמין להם את מה שעשו, היה יפה ו' דינרים נותן להם סלע או יגמרו ויטלו שני סלעים, ואם שקל נותן להם סלע, ר' דוסא אומר שמין להם מה שעתיד להעשות, היה יפה ו' דינרים נותן להם שקל או יגמרו מלאכתן ויטלו ב' סלעים, ואם שקל נותן להם סלע, בד"א בדבר שאין אבוד אבל בדבר האבוד שוכר עליהם או מטען, כיצד מטען, אומר סלע קצצתי לכם באו וטלו שתים, ועד כמה שוכר עליהן עד מ' ונ' זוז. ובגמ' מפרש עד כמה שוכר עליהן, אמר רב נחמן עד כדי שכרן, איתיביה רבא לרב נחמן והא קתני בברייתא דר' דוסא עד ארבעים וחמשים זוז, אמר ליה כי תניא ההיא שבאתה חבילה בידו. ומתני' אזיל כשיטת ר' דוסא דאם חזרו הפועלים בדבר שאינו אבד ידם על התחתונה. ולהלכה נמי פסקינן כן בקבלן החוזר.

מהו דבר האבד

והנה בקבלן החוזר ההלכה שידו על התחתונה, ומחלק הברייתא בין דבר האבד לדבר שאינו אבד. ולכאורה למה נקרא הציור של הרישא במקום שלא מצא פועלים לגמור הדבר אלא ביוקר, דבר שאינו אבד, והלא זהו ממש דבר האבד שיש לו **הפסד** מזה שחזרו הפועלים שאין אדם נכנס במלאכת חבירו, והרי **מחסרו** ממון, וכן נמי משמע מלשון המתני' בדבר האבד, 'מקום שאין שם אדם', הפירוש שאינו מוצא פועלים לשכור בפחות הרי הוא דבר האבד ודינו ששוכר עליהם או מטען. והראשונים מפרשים הרישא דבר שאינו אבד הוא כגון במקרה **שהוקרו** פועלים או **הוזלו** באמצע המלאכה, ודוחק לפרש כן, שלפי"ז כל מחלוקת חכמים עם ר' דוסא וכל האופן של המשנה שכל החוזר

ידו על התחתונה, איירי באירוע נדיר מאוד, שלא מצוי כלל שאיקור פועלים בכל יום ובאמצע היום.

ורש"י במתני' מפרש ידם של הפועלים על התחתונה, היינו אם הוקרו פועלים ואינו מוצא מי שיגמרנה בשכר שהיה מגיע לאלו על העתיד לעשות, 'מעכב משכרם' ממה שעשו כל מה שיצטרך להוציא, עד שתיגמר מלאכתו בשכר שפסק עם אלו וכו'. מכאן משמע שאם כבר הקדים להם שכרם אין מוציאין מידם. וברש"י לקמן בדבר האבד מפרש ג"כ בדרך זה, עד כדי שכרן, היינו אם עשו אצלו קצת המלאכה ולא קיבלו כלום, שוכר עליהן, כל מה שהוא חייב להן יוסיף לאחרים ויגמרו. ולפי פירושו דין של דבר האבד ושאינו אבד שווים, וא"כ צריך להבין דברי הברייתא במה דברים אמורים בדבר שאינו אבד אבל בדבר האבד שוכר עליהן, הא דינם שווה, ואי אפשר לתרץ היתרון של דבר האבד שגם **בפועל** דאמרינן שיכול לחזור באמצע מלאכה, היינו בדבר שאינו אבד, משא"כ בדבר האבד, שאינו יכול לחזור ושוכר עליו, שאליבא ר' דוסא אין נפק"מ בין **פועל לקבלן**. ועוד קשה שרש"י בעצמו במתני' ד"ה שוכר עליהם, מפרש דהיינו בני אדם ביוקר **ועליהם לשלם**, משמע מהכא שלמעשה מוציאין מעות מהפועלים לשלם מה שיפסידו.

והרא"ש הקשה על רש"י ממה שמבואר בירושלמי, בדבר האבוד כיצד, אומר להם סלע קצצתי לכם בואו וטלו שנים או 'נוטל מזה ונותן לזה', משמע ששוכר עליהם בכדי שכרן וג"כ **מוציאין מידם** עד כדי שכרן אם לא התחילו, וכ"ש **שחייבים להחזיר** מה שקיבלו. ולפי שיטת הרמב"ן ודכוותיה הא דאמרינן שבדבר האבוד שוכר על הפועלים עד כדי שכרן, הפירוש שיכול לשכור פועלים חדשים עד **כפל שכרן** של הראשונים, וא"כ פועלים ראשונים משלמין כדי שכרן כדי שלא יפסידו לבעה"ב. וגם זה קשה להבין שאם חזר הפועל בתחילת המלאכה בשכר מלאכה של סלע בדבר האבוד אמאי, ולמה, מחייבין הפועל לשלם לבעה"ב דווקא סלע השכר שנקבע לשלם לו לפעולתו, כשהפסיד בעל הבית הרבה.

ובעל הבית החוזר ידו על התחתונה מבואר ברש"י וראשונים שאם הוזלה מלאכת פועלים במלאכת ב' סלעים ואין שוה החצי אלא שקל יתן להם סלע וחצי. וקשה ממ"נ אם מוצא הפועלים עוד להשתכר אצל אחרים, אמאי יתן להם בעה"ב יותר ממה שעשו, והלא אין מפסידין כלום, ואם אין מוציאין להשתכר חייב הבע"ה ממילא לשלם להם הכל, שכבר התחילו המלאכה וחייב לשלם להם לכה"פ כפועל בטל.

ביאור קנין הפועל/קבלן

ונראה לומר שכל קנין השייך לקנות אדם למלאכה הוא דוקא ע"י כסף שטר או חזקה כאשה ועבד, והוא בזמן שיובל נוהג כמבואר בגמ' (ערכין כט), שנאמר עד שנת היובל יעבוד עמך, יליף מהכא שכל קנין לקנות אדם ולעשותו עבד הוא רק בזמן שיובל נוהג, אולם בזמן שאינו נוהג

לא שייך לקנות אדם בתורת עבד, וגם לא שייך קנין לקנות בעלות על אדם בתורת פועל או קבלן, וא"כ ראו חז"ל שיצא חורבה מיניה, שכל פעם שאדם נשכר אצל חבירו יכול לחזור בו, וכן נמי הפועל יכול לחזור בו, ועל כן **תקנו חכמים** שהם כדברים שנקנו באמירה בגדרים שנראים **כקנין**, כגון להרמב"ן אם **הלכו** למלאכה, ואז מחייבים הבעל הבית לשלם להם שכרם משלם אם חזר בהם, וכן נמי מבואר כן בנתה"מ (שם) דתקנת חכמים הוא 'לטובת הפועל'.

ויש לבאר בזה ג"כ שיטת התוס' דאפי' **בלא הלכו** אם חזר בהם בזמן שאינן מוציאין להשתכר **תקנו חז"ל** לשלם להם שכרם משלם, וזהו מה שכתב בשו"ע בשם הנמוק"י ושאר ראשונים שאם היו נשכרים אמש ועכשיו אינם נשכרים כלל ה"ז כדבר האבד להם ונותן להם שכרן, שדין חדש הוא בפועל שנקרא 'דבר האבוד' ושם חייב לשלם, ועל כן תקנו חז"ל התקנה **לשני הצדדים**, **כשחזר בעה"ב** סמוך לעבודה, וגם באופן **שחזרו הפועלים** סמוך למלאכה ואין שם אדם לגמור, שהפועלים משלמין לבעה"ב, ולפי"ז משלמין הפועלים כל מה שהבע"ה היה חייב לשלם להם אם הוא חוזר. וזהו ההסבר בדברי ירושלמי או נוטל מזה ונותן לזה.

ובזה מיושב הסוגיא בהזהב שאם הסכימו הפועלים וגמרו דעתם לעבוד באופן וכדרך הפועלים, כגון אם **משך** התספורת או הקולמוס, **שיעבדו עצמן** לעבוד ואם חזרו אה"נ שאי אפשר לכופן בידים לעשות, אבל קנסו אותן לשלם עד כדי שכרן. (ובזה"ז אפשר שקנין והתחייבות זה חלה ע"י חתימת חוזה ביניהם). אבל בשאר דברים כגון קרקע או מטלטלין לא גזרו ותקנו כן, שאפשר לאשר מה שהתנו ביניהם ע"י אחד מדרכי הקנאה ואין אחר הקנין כלום.

גדר דבר האבד

המשנה נקטה דבר האבד במקום שהפועלים חזרו בשני אופנים, הן באבידת ממון ממש כגון להעלות פשתן מן המשרה והן להביא פרייפרין וחלילין לכלה או למת לזמן החתונה, אף שאין בזה הפסד ממון אלא הפסד רצונו שלא נעשה, שוכר עליהן אדם ביוקר להני מלאכות, מחמת שממהר בדבר שמוכרח לעשותו מיד, ואילו בדבר שאפשר להמתין עד שימצא לו פועלים אחרים בזול אי אפשר להקרותו דבר האבד, כיון שיתכן שאם היה טורח, היה מוצא פועלים אחרים בשווים, וזה אינו נכלל במקום 'שאין שם אדם' דמתני', וראי' לזה מתשובת הרא"ש (כלל קד) וז"ל, ילמדנו ראובן שקיבל משמעון בגד לארוג חמש אמות בזהוב, וכאשר התחיל במלאכה אמר שהמטוה הוא גרוע וגורם לו להניח מלאכתו אם לא שיוסיף לו מעות, ומפני השינוי הזה נדר לתת לו זהוב בד' אמות, ועתה יורנו אם שמעון חייב התוספות וכו', ובנדון הלז לא נתייקרה המלאכה אלא שמצא עילה לומר שהטוי הוא רע ולא היה יכול למהר לארוג כפי רצונו, ואין זה טענה הואיל וראהו לעינים היה לו לבודקו קודם, וגם דומה למקום

שאין שם פועלים דאין אחד נכנס במלאכת חבירו. תשובה, כיון דקבלן לא מצי למיהדר וידו על התחתונה אף אם היה מוצא אחר היה יכול להטעותו וכו' עכ"ל. הרי מצינו כאן שכל הטענה שאין אדם נכנס במלאכת חבירו לא נחשב כדבר האבד.

מחלוקת רש"י והרמב"ן

ההלכה בדבר האבד: להרמב"ן ודכוותיה הפירוש של עד כדי שכרן היינו 'כפל שכרן' לפועלים החדשים, כגון אם לא התחילו במלאכה **חייבין לשלם** לבעה"ב השכר שקצץ עבור המלאכה, כפי שביארנו למעלה שבעה"ב משתעבד להם אם הוא חוזר כמו כן הם משתעבדין לו. [ובדבר האבד של ממון איתא בהגהות האשר"י בשם מהרי"ח וכן נמי הובא ברמ"א (סימן שלג ס"ו) בשם ת"ה שחייבים לשלם כל הזיקון]. ולפי שיטתם בדבר האבד חייבים לשלם אפי' לא התחילו, ובדבר שאינו אבד מנכין מהשכר וכן **מוציאין** אם הקדים המעות, כמבואר בש"ך (סימן שלג סקכ"א) שעד הסך שקצץ צריכים להחזיר אף שקיבלו כבר.

ובדעת רש"י אפ"ל שג"כ מודה שדמי פועלים במלאכה זו אפי' מה **שקיבלו כבר** משועבדים לבעל הבית אם חזרו באמצע כפרש"י במתני' ד"ה שוכר עליהם, **וחייבים להחזיר** מה שקיבלו. ומה שפירש רש"י בגמ' עד כדי שכרן אם עשו אצלו קצת מלאכה ולא קיבלו כלום, ובמתני' בדבר שאינו אבוד פרש"י רק שמעכב שכרן, כל זה לאפוקי משיטת הרמב"ן שסובר שאע"ג שלא התחילו חייבים לשלם כל שכרן, והוא סובר שאינן חייבים לשלם רק אם עשו מלאכה, ואפילו רוב מלאכה יכולים לפטרם בלי כסף, ובודאי שחייבים ג"כ להחזיר המעות שכבר קיבלו עבור עבודה, שכל שכר עבודה משועבד לגמור המלאכה . ואפשר לפרש כן בלשון הירושלמי 'או נוטל מזה ונותן לזה'. ומה שכתב הלשון שיעכב השכר, משום שבדרך כלל, שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף.

ובזה מיושב נמי מה שהקשינו לעיל למה כשחוזר בעה"ב ומצא פועל לגמור בפחות חייב לשלם לראשונים יותר ממה שעבדו, שאפ"ל כיון שהוזיל המלאכה מחמת חזרתו, הריוח שייך להפועלים, כמו שאם חזרו הפועלים והוקר המלאכה מחמת חזרתם חייבים לשלם לבעה"ב עד כדי שכרן. והנפק"מ לרש"י בין דבר האבוד לשאינו אבד, יש לומר בכמה אופנים א) במקרה שבאה חבילה לידו, שבדבר שאינו אבוד אינו מוציא מהפועלים שחזרו בהם אלא כפי שכרם אפי' אם עבדו יכול לנכות עד כל השכר וכן המעות שכבר קיבלו יחזרו, אבל אין מוציאין יותר מזה אפילו אם יש בידו משלהם, משא"כ בדבר האבד אם יש בידו משלהם הרבה, שוכר עליהם. ודלא כתלמידי הרשב"א הובא בב"י הסוברים במקום שהחבילה בידו אפי' בדבר שאינו אבד יכול לשכור עליהם הרבה. ב) או יש לומר החילוק בין אבד לאינו אבד הוא במטען, ודלא כתשובת הרא"ש המובא בטור שסובר שיכול להטעות הקבלן אפי' בדבר שאינו אבד. ג) או יש לומר שדברי הברייתא בד"א בדבר

שאינו אבד וכו' באה לומר שלדעת חכמים החולקים על ר' דוסא וסוברים שיד קבלן ופועל על העליונה מודים בדבר האבוד ששוכר עליהם.

והעולה לנו לדידן:

בנידון של דין תורה א' שהקבלן חזר (בדבר שאינו אבד) ולפי מה שביארנו היה צריך להחזיר אפי' מה שקיבל כבר (חוץ מדמי הסחורה) וכן פסק בש"ך (סימן שלג סקכ"א) [ואפי' את"ל שדעת רש"י הוא כפשוטו מה שמפרש שמעכב השכר אבל אינו יכול להוציא אם כבר קיבלו, ליכא שום ראי' משם להכא שאין מוציאין, דרש"י מוקים האופן של אינו אבוד כגון אם הוקרו פועלים, אבל במקום שנתייקר מחמת שאין אדם נכנס במלאכת חבירו אפשר שנחשב אליבי' כדבר האבד, והתם שיטות רוב ראשונים שמוציאין אפי' אם לא התחילו]. אולם אחר שומת ג' הבקיאים ע"י הבי"ד, הוברר הדבר שהיה כאן אונאה יותר משתות, וערך דמי כל המלאכה היא לכה"פ $180,000 ובקבלן יש לו אונאה, ואפילו בעבודת קרקע לפי שיטות הראשונים שסברו שבעיא היא בגמ' ב"מ (נ"ו) חטין וזרען בקרקע אם יש להם אונאה או לא, א"כ הכא מספק אין מוציאין, ועל כן אי אפשר להבי"ד להוציא מהקבלן צד ב' כל ההפסד, אך חייב צד ב' לשלם לצד א' עכ"פ סך של עשרת אלפים דולר.

ובנידון דין תורה השני בהנהלת הישיבה שחזרו משכירות המקום, הרי מכיון שיש קנין לשכירות קרקע ע"י כמה אופנים והכא לא עשאו שום קנין בין הצדדים, אם כן הוה כמבטל כיסו של חבירו ואי אפשר להבי"ד להוציא ולחייב צד ב' היינו הנהלת הישיבה לשלם לצד א' היינו המשכיר. ומה שכתב הרמב"ם בשוכר שחייב להודיע להמשכיר ויש בכל מקום זמן הודעה שלו, כי היכי שהמשכיר חייב להודיע להשוכר, היינו דווקא במקום שיש קנין שכירות ביניהם אמרינן שזמן הודעה נכלל בתנאי השכירות, אבל כאן לא היה שום קנין שכירות ביניהם.

סימן י'

נושא הדיון: האם שומר ששלח יד חייב בגרמת היזק

שאלה:

ראובן שלח שמעון לשכור לו רכב לג' שנים, מאת GM ובאופן שנשאר רשום על שם שמעון, ולסוף תקופת השכירות נתערב הרכב בתאונת דרכים ונגרם לו היזק, ונתן ראובן לאומן לתקן ההיזק, והנה באותה עת שהיה הרכב אצל האומן לתקנו, הגיעו שליחי המדינה ונטלוה עבור תשלום חוב שהיה שמעון (שהרכב רשום על שמו) חייב להממשלה מחמת חובות עצמו.

ובאים שני הצדדים לפנינו, ראובן הוא השוכר הטוען נגד האומן המתקן שהוא שלח בו יד להשתמש במכונית לצורך עצמו, ומתוך כך הגיעו שליחי המדינה אליו לגרור הרכב ולגבות החוב, ועל כן חייב האומן לשלם ולשחרר הרכב מידם. והאומן משיב שגביית המכונית נעשה בשעת חנייה ולא בשעה שהשתמש בו, ומלבד זאת שלא הוא פשע בו אלא ששליחי המדינה הם שנטלוהו והוא לא עשה כלום, כי אף גם אם לא היה משתמש ברכב כי אם הי' חונה במקום עבודתו אשר מתקנים שם הרכבים, היו ג"כ באים ונוטלים אותו בחוב.

תשובה:

בירור הסוגיא

בגמ' ב"ק (קטז ע"ב), הגוזל שדה מחבירו ונטלוה מסיקין אומר לו הרי שלך לפניך, וכן נמי בשטפה נהר אומר לו הרי שלך לפניך, משום דקרקע אינה נגזלת. אבל הגוזל פרה ושטפה נהר מבואר (שם קיז ע"ב) דחייב להעמיד לו אחרת. ומצינו שחייב להעמיד לו אחרת היכא שאין החפץ בעין. אולם כשהחפץ בעין רק צריך לשלם הוצאות להחזיר החפץ, אולי יכול לומר הרי שלך לפניך, ומהיכי תיתי דחייב לשלם כדי להשיב החפץ להבעלים. אך בגמ' (צח ע"א) מבואר בזורק מטבע לים במים צלולין היכא דשקליה בידיה, אמר רבה דמכיון דמיגזל גזליה השבה מעליא בעי למיעבד, וחייב הגזלן לשלם לבר אמוראה למישט ולמישקליה, (ועיין בקצוה"ח סי' שפו סקי"א), א"כ מצינו דחייב לשלם ממון אחר, להשיב החפץ לבעלים.

ולכאורה קשה מהסוגיא לעיל (קג ע"ב) דמבואר דאפי' לר"ע דסובר בגזל מחמשה דחייב לשלם לכל אחד, הני

מילי היכא דאישתבע הגזלן, אבל בלא נשבע לא בעי הגזלן להוליך החפץ עד דמטי לידיה, ומניח גזילה ביניהם וסגי בהכי, והכי נמי במשנה דחייב הגזלן לילך אחר הבעלים למדי, היינו דווקא בנשבע, אבל בסתם גזילה יכול הגזלן לומר הרי שלך לפניך ונפטר בהכי. ואפשר לחלק דהתם במניח גזילה בחמשה בני אדם הבעלים שם, וסגי במניח לפניו, והמתני' דהלכו הבעלים למדי מיירי דהבעלים, הוא **הלך** ממקומו למקום אחר, משא"כ במקרה שהבעלים **כאן** כמו שעת הגזילה חייב הגזלן להשיב הגזילה ליד הבעלים. אמנם בנתה"מ חו"מ (סימן שמ ביאורים סק"ד) סובר דרבה במים צלולין איירי דווקא בגנב הנשבע לפטור את עצמו, אבל בלא נשבע הגזלן, אינו חייב להשיב ליד הבעלים, ואף שניזוק בממון הרבה, כיון שלא נעשה שום **נזק בגוף הדבר** רק שניזוק בהוצאות השבה לידים כניזק בממון אחר דמיא ופטור. (ועיין בחזו"א ב"ק י"ג ד').

ולפי"ז בנידון דידן נמי כניזק בממון אחר דמי ואפשר דפטור הגזלן, אבל אין לדמות להכא, דהתם מיירי, שהחפץ כמות שהוא מעיקרא, רק שאיכא הוצאות ממון להוליך החפץ להבעלים, ובזה אמרינן דאשר גזל קרינן וסגי בהשבה כל דהו, אבל במקרה שהחפץ מונח ביד עכו"ם וצריך להוציא ממון לשחרר החפץ לא מיקרי השבה וחייב הגזלן על זה. ועוד יותר, דהרי הכא מיירי בשומר, דאפי' להנה"מ דמיקל באופני השבת הגזלן, מחמיר בשומר, וס"ל דשומר חייב לעשות השבה גמורה, ממקרא דוהשבותו לו באבידה שלא יאכל עגל לעגלים (והנתה"מ לשיטתו אזיל מסימן פו דחולק שם על הקצות אם אמרינן שיעבודא דר"נ בפקדון, ומבואר שם דשומר חייב בהשבה גמורה עיי"ש). והכא נמי מכיון ששלח יד ושאל את הרכב שלא מדעת, נתחייב באונסין, **וחייב להשיב** החפץ ולשלם לשחרר לו את הרכב.

ובדרך אגב יש להביא ראיה לשיטת בנתה"מ דבגזלן סגי בהשבה כל דהו, מדברי התוס' במחלוקת ר' יעקב ורבנן בשור הנסקל שם מ"ה וצ"ח, דלר' יעקב אף בנגמר דינו של שור מצי למימר להבעלים הרי שלך לפניך, דגומרין דינו שלא בפניו, וסוף סוף מיגמרי הוו גמרי ליה לדינא, אליבא דרש"י והרבה ראשונים היינו דווקא במחזיר הגנב גוף השור כחמץ לאחר הפסח, אבל במקרה שהבי"ד כבר סקלוהו להשור וה"נ חמץ שנשרף, חייב להעמיד לו שור או חמץ אחר, ולא מצי למימר ליה מגו דאם איתא ברשותי הייתי מחזיר לך דבר שאינו שוה כלום ע"כ פטור אני מלשלם, אלא אומרים לו דחייב לשלם, וכל הדין בגזלן דנפטר בהרי שלך לפניך היינו כשמחזיר הדבר בעין רק שאסור בהנאה, אבל כשאין מחזיר החפץ בוודאי חייב לשלם. אמנם התוס' שם חולקין וסוברים דלשיטת ר' יעקב אפילו בלא החזיר השור ותפסוהו בי"ד מעצמם, פטור הגנב, דא"ל הרי שלך לפניך, ואפי' אם הוא ביד בי"ד מצי למימר ליה הרי שלך לפניך, ולא בעי לאמטויי לידיה ממש, והחכמים חולקין שם דס"ל דחייב משום מזיק ונקרא היזק ניכר מה שהחפץ מונח ביד בי"ד, ור' יעקב סובר דהיזק שאינו ניכר הוא, דסוכ"ס נגמר דינו

של שור שלא בפניו ונאסר בהנאה מחמת זה, א"כ היזק שאינו ניכר הוא. ואפי' חכמים מודים שנקרא חזרה מה שביד בי"ד ומצי אמר ליה הרי שלך לפניך, אפי' אם לא מטי החפץ ליד הבעלים ממש, אלא דס"ל דחייב משום דהוי היזק ניכר מכיון שאפשר לגמור הדין עי"ז. ולפי"ז יש ראי' לדברי נתה"מ דגזלן סגי בהשבה כל דהו. אך זה אינו, דהסוגיא דר' יעקב מיירי בשומר, וכבר כתב הנתיבות שהשומר חייב לעשות השבה מעליא. וא"כ צריך לומר דמונח ביד בי"ד שאני, וחשיב כהשבה גמורה).

אף הסברא שהי' תופסין החוב במקום אחר אינו פוטר

ולכאורה היה אפשר לחלק דהתם במים צלולין ההיזק בא כשהחפץ היה ברשות הגזלן, ואפילו בשטף נהר ההיזק בא כשהחפץ היה ברשות הגזלן, אבל בנידון דידן שההיזק בא מחמת חוב שהיה על הרכב ואפשר נמי שיקחו החפץ כשמונח ברשותו, וא"כ יותר דומה להגמ' שם לעיל (מ ע"א) דשאלו בחזקת תם ונמצא מועד בעלים ושואל משלמין חצי נזק, ואוקמינן בגמ' (שם ע"ב) בדאקדים בי דינא ותפסיה, והבעלים משלמים משום דסוף סוף לאו מעלייה הוו משתלמי. והכא נמי אפשר כשהחפץ ברשות הבעלים נמי היו **תופסים החפץ** מחמת החוב ולמה חייב השומר לשלם. אולם המעיין בהסוגיא מבואר שם דהסברא דסוף סוף היינו דווקא אם **ברור** שמגיע להבעלים היזק זה ממילא, כדאיתא שם דבלית ליה נכסי מצי לגבות ממשעבדי כר' נתן, ובלא סברא זו היכא **דאינו ודאי** דהבעלים יהיו משלמין לבסוף מכיסם, אז אמרינן שהשואל **חייב לשלם** כל הנזק.

אונס הבא מחמת המשאיל

ובשו"ע בתחילת סימן ש"מ מבואר ברמ"א דמה דאמרינן שהשואל חייב לשלם אונסים, היינו דווקא שאירע אונס מכח השואל, אבל אם אירע **מכח המשאיל** פטור, ויסודו מהגהות המרדכי פרק השואל דמי שיש לו משכון אצל עכו"ם והשאילו לחבירו ליקח עליו עוד מעות ונשרף המשכון פטור השואל, דבלא"ה היה נשרף מכח המשאיל, ועוד דלא משך השואל המשכון עכ"ל. א"כ הכא נמי י"ל שאירע האונס מחמת המשאיל, וא"כ צריכין לפטור את האומן מטעם זה, זה אינו, דהתם פטרינן השואל דווקא בצירוף ב' טעמים אלו, סברא של בלא"ה וגם לא משך, אבל במקום שמשך המשכון וליכא סברא דבלא"ה היה נשרף, אז חייב לשלם, וכ"ש כאן ששינה בהחפץ. ועיין בש"ך שם שאם האונס **אינו מכח השואל ולא מכח המשאיל**, כגון שנשרף החפץ באונס, **חייב השואל**, דברשותו הוא.

ובקצוה"ח (סימן רצא סק"ד) הביא דברי המרדכי, ראובן ששאל סייף משמעון שהיה לו משכון מעכו"ם ושואל ממנו ממון הרבה בעד הסייף שאבדו, והשואל לא ידע שהיה סייף יקר, מצי אמר נטירתא דסייף יקר לא קבלתי עלי, כמפקיד דינר ואמר הזהר דשל כסף ונמצא זהב. וביש"ש חולק דחייב השואל לשלם כל ההיזק, דבשלמא במפקיד דינר **המפקיד פשע**, במה שאמר לו דכסף הוא, אבל **בסתם**

מקבל עליו **כל שויו** בין רב בין מעט. (ועיי"ש שחולקין הקצות והנתיבות מה הדין בגנב וגזלן). וכתב הקצות דכל זה הוא דווקא בחפץ ששוה כך, אבל **בהעליל העכו"ם** אינו חייב השומר לשלם אלא **מה ששוה**, כתירוץ שני בתוס' מרובה ע"א גבי גנב שור הנסקל מבית שומר חייב לר"ש דסבר דבר הגורם לממון כממון דמי, והקשו בתוס' תיפוק ליה דר"מ דדאין דינא דגרמי, ותירצו דאה"נ לכו"ע חייב קרן משום גרמי, וכפל וד' וה' אינו חייב אלא לר' שמעון. ועוד תירצו דלא שייך גרמי אלא בשורף שטר ששוה לכל העולם, אבל שור הנסקל אינו שוה אלא לשומר ופטור לר"מ. ואפילו להרמב"ן שם דמחייב אליבא דר"מ אפילו בשור הנסקל משום גרמי, היינו דווקא במזיק, אבל דין שמירה ליתא אלא בגופו ממון, וא"כ אפילו בגנב וגזלן פטור. וכל זה התם דהעליל הגוי יותר משיווי החפץ דיכול לומר שלא קיבל עליו השומר זאת, משא"כ בנידון דידן האומן קיבל עליו שמירה לכה"פ לדמי החפץ, וחייב בהשבה גמורה, וכ"ש היכא שפשע השומר ויכול לתלות שהאונס בא מחמת הפשיעה, דחייב השומר לשלם.

ובסרסור שמכר בהמה שיש בה מום יש מחלוקת בחו"מ סימן רל"ב אם אמרינן מקח טעות מכיון שהסרסור ג"כ לא ידע מזה המום, וה"נ בנידון דידן הבעלים ראובן ג"כ לא ידע מזה החוב, להזהיר ולהתרות האומן שלא יבוא לידי הפסד, (הגם שלא היה צריך להתרות אפי' אם ידע מזה, שהשומר אסור להשתמש בהחפץ כלל), ועיין בביאורים שם ו' דאפילו לשיטת הרמ"א דאמרינן מקח טעות אפילו בסרסור דווקא היכא שלא פשע הלוקח דדינו כשומר חינם, אבל אם פשע ששהה החפץ ברשותו אח"ז ל"א מקח טעות, וכ"ש הכא שאפשר שלא יבוא האונס אם לא פשע.

היוצא לנו לדינא דאומן שהוא השומר חייב לשלם ולשחרר הרכב ולהשיבו לראובן.

סימן י"א

נושא הדיון: האם שותפים ששניהם נותנים ממון יכול אחד להבטיח הקרן לחבירו

שאלה:

באו לפנינו שני הצדדים בדין ודברים שביניהם והוא: צד א' העוסק במכירת בגדי ילדים, וצד ב' הוא המשקיע בעסק זה סך של $50,000 כדי לרכוש יחדיו סחורה בסכום של $100,000. והסכימו ביניהם על שטר שחתמו שני הצדדים שיחלקו הריווח בשווה [שלדעתם יהיה ריווח $17,000 לכל אחד מהצדדים], וכתבו בהסכם וז"ל (סעיף ג): צד א' חישב לפי דעתו דאם העסק יצליח בעזה"י יהי' ריווח לכל אחד מהצדדים $17,000 ובפירוש הסכימו בינינו דלא יבואו *לידי חשבון בדיוק, דאף אם ירויח פחות יתן סך הנ"ל לצד ב', דצד א' מבין דאם לא ירויח כ"כ הוא באשמת צד א'.

ועוד כתבו (סעיף ד): וצד ב' השקיע המעות אדעתא דהכי, דצד א' אמר לו שבירר שהוא עסק טוב, וכבר הציעם לאיזה אנשים המוכנים לקנותם, ובאם יתברר דאינו כן יהי' אחריות על צד א' לשלם מכיסו מה שהשקיע צד ב' כי הי' טעות מעיקרא.

עוד כתבו בשטר ההסכם (סעיף ה): זמן החזרת המעות לצד ב' כמבואר בסעיף ב', אבל בפירוש קיבל על עצמו צד א' דככלות ששה חדשים מוטל עליו להחזיר המעות לצד ב' אף שלא מכר הסחורה, כי נתברר דאי"ז עסק טוב והי' טעות מעיקרא ואחריות הקרן מוטל על צד א'.

ועתה תובע צד ב' (המשקיע) $17,000 מן צד א' (המתעסק) סכום הריווח שהובטח ונכתב ביניהם.

תשובה:

בירור הסוגיא

בגמ' (ב"מ סד ע"א), אמר אביי שרי ליה לאיניש למימר לחבריה הילך ד' זוזי אחביתא דחמרא, אי תקפה ברשותך, אי יקרא אי זולא ברשותי, דכיון דמקבל עליה

זולא קרוב לזה ולזה. והקשו שם בתוס' (ד"ה אי תקפה) דאי מיירי כשמשך הסחורה, א"כ אפילו אמר ליה אי תקפה אי זילא ברשותך ואי יקרי ברשותי, הוה שרי, שהרי מתנה עמו **שאם** יוקיר **יהא המקח קיים** מעכשיו, ואין המעות הלואה אצלו, **ואי תקפה או זילא, יהא המקח בטל** ויהיו המעות הלואה, ויחזירם לו, ומה רבית יש כאן (דהא כל תנאי שבממון קיים). ותירצו התוס' דאפי' במשך אסור, דחשיב קרוב לשכר ורחוק להפסד ולא מהני התנאי עכ"ל. וכן פסקו בשו"ע (סי' קעג סעיף יג) וכל הפוסקים סברו כן. וא"כ בנדון דידן מה שהתנו בסעיף ה' לכאורה לא מהני, **וכהלואה דמיא**, וקרוב לשכר ורחוק מן ההפסד, ולא יוכל לתבוע הריוח.

אמנם לכאורה היה אפשר לומר בדרך אחר, שמעשה דידן דומה יותר למבואר בגמ' (שם עג ע"ב), דאמר רבא מברניש לרב אשי חזי מר דקא אכלי רבנן רביתא, דיהבי זוזי אחמרא בתשרי ומבחרי לה בטבת, א"ל אינהו נמי אחמרא קא יהבי אחלא לא קא יהבי, **מעיקרא דחמרא חמרא, דחלא חלא**, ההיא שעתא הוא דקמבחרי. והכי נמי בנידון דידן אפשר לומר שאם לא מצא צד א' קונים להסחורה הוי **טעות מעיקרא** כדין יין שהחמיץ. אולם המעיין בהסוגיא שם יראה שהרבה ראשונים (הרמב"ם ז"ל ותלמידי הרשב"א ובעל התרומות) מפרשים הסוגיא דדוקא ביין מתשרי עד טבת, דאפי' יין שנראה טוב מתקלקל, **ומתחילה ריעותיה בגויה**, אלא דהשתא איגלאי בהתתיה, אבל בשאר ימות השנה (וכ"ש על שאר קלקולים) אסור להמוכר לקבל עליו החומץ ולא אמרינן מקח טעות. וכ"נ מהסוגיא דהמוכר פירות דלוקח מקבל עליו עשר קוססות למאה. ואפילו לשיטת הסוברים כהתוס' (סד ע"א ד"ה אי תקפה) דאין לחלק בין טבת לשאר ימות השנה, והביאו ראיה לזה מר' חנינא בהמוכר פירות דמוכר יין לחבירו והחמיץ מצי לומר להמוכר הא חמרך והא קנקנך, אינו דומה להכא, דהתם מבואר ברש"י **דמבחרי יין טוב שברשות המוכר דווקא.** ואפילו לתוס' שם שפירש דאפילו **יין אחר** יכולים לקבל, דדוקא בהחמיץ איכא למימר סברא דיהבי **זוזי אחמרא ולא אחלא**, וכמכר ליה דבר אחר לגמרי, אבל קלקול אחר דלאו חימוץ הוו מקבלי רבנן. ובעובדא דידן קלקול אחר הוא, ואסור להמוכר לקבל עליו זאת.

ואינו דומה לפוסק על הגדיש היכא דיש לו, [היתר של 'יש לו', היינו על הפסיקה שיכול המוכר לקבל עליו ג"כ זולא, כדתנן במתני' דפוסק עימו כשער הגבוה, ולא על עצם הפירות] שהתם אמרינן שהמוכר חייב לספק להלוקח מה שפסק עימו, דהיינו חיטין יפות הראויין לאכילה, ואפי' התקלקל כל הגדיש חייב למכור לו יפות. והטעם שהוא דרך מכר כמבואר בנימוק"י שם **וחייב להעמיד לו** כפי שהתנה עימו והיינו **חיטין יפות**, ולאו משום הטעם של ביטול מקח אתינן לה, אבל במקום שהתנו אם לא יהיה כך וכך **בטל המקח, הוי כהלואה** ואסור, ועיין עוד מזה בחוו"ד (סימן קעג) דעל חפץ מסוים אסור להמוכר לקבל אחריות כקונה עגל וכדו'.

אם צריך להתנות ההפסד שעל המתעסק בפירוש

בחוות דעת (ר"ס קעז) סובר דמהני אם קיבל הנותן אחריות גניבה ואונסין, ורק אחריות הזולא, הוא על המתעסק, וכתב שם דאפי' החולקים על הריב"ן הסובר דמהני בעיסקא כצאן ברזל היכא דהנותן קיבל עליו זולא לחוד, מודים היכא דהמתעסק קיבל עליו רק זולא, מהני, וא"כ הכא בנידון דידן אפי' אם התנו שאחריות הקרן על צד א' מצינן לפרש העסק, דקיבל עליו השותף צד א' דוקא זולא, אבל אחריות אונסין ואפילו גניבה הוא על שניהם שווים דשותפים הן, אך אי אפשר לומר כן, **היות שלא התנו כן בפירוש** אי אפשר להתיר מטעם זה, וראיה מהגמ' (שם) בלוקח יין אי תקפה תהא ברשות מוכר מותר, כיון שבפירוש התנו ביניהם דזולא הוא על הלוקח, ולכאורה הוה לן למימר דשרי אף בלא התנו, שמדובר שם אפילו במשך כדלעיל, ובמשך, מובן מאליו שאחריות זולא על הלוקח, ואפ"ה במקום שלא התנו 'בפירוש', שאחריות זולא הוא על הלוקח, אסור, משום שמיחזי כריבית במקום שיש שום אחריות על המוכר דלא כמכירה רגילה.

וכ"נ מדברי ב"י (יו"ד קעג סעיף יג) דהקשה שם אליבא הראשונים שסוברים בהסוגיא דרבא מברניש דההיתר דוקא בטבת, דאפי' בתר טבת הוה ליה למישרי כדשרינן בהסוגיא דאי תקפה ברשותך, דיש לומר שאני הכא כיון דלא אתני בהדיה מעיקרא כי שביק ליה השתא למיבחריה מחזי כי אגר נטר, אבל אתני מעיקרא שרי דקרוב לזה ולזה, א"כ דווקא בהתנו בפירוש יכול לומר כן, אבל בלא התנאה א"א לומר כן.

הפסד דלא שכיח כלל

והיה אפשר לומר **דאסור** אפי' במקום **שהתנו בפירוש** על אונסין וגניבה הוי נמי קרוב לשכר ורחוק להפסד, משום דאחריות גניבה ואונסין **לא שכיחים** כלל בימינו על בגדי ילדים, ואינו כזולא ששכיח מאוד שלא ימצא קונים מחמת התחרות בין מוכרי בגדים, וכמבואר בתוס' שם ד"ה אי תקפה דקלקול של חימוץ שכיח, הלכך ברבא מברניש אע"ג דמקבל עליו הלוקח זולא הוי רחוק להפסד ואסור אפי' דרך מכר. אבל א"א לבדות סברא זו מעצמינו היכא דקיבל עליו הלוקח בפירוש אחריות גניבה ואונסין.

אם שותפים יכולים להתנות מה שירצו

ובשותפים שכל אחד הביא מעותיו הובא בהרי"ף בשערים ובסמ"ג (עשה פב) דחולקין הריוח וההפסד באיזה ענין שירצו ואין חוששין משום רבית, והחוו"ד (שם סק"ד) כתב דהיינו דווקא לענין שאינו צריך ליתן לשותף המתעסק שכר טירחא, כיון דעוסק בשביל מעות שלו, אבל אסור לשותף המתעסק לקבל עליו חלק בהפסד יותר ממה שנוטל בריוח. ויש לפרש דברי החוו"ד שאה"נ שמודה דהיכא שהשותפים הטילו לכיס אחד יותר מחבירו או שוה בשוה **שיכולים לחלק הריוח או אפי' ההפסד בהקרן כמו שירצו**, אך לחד שותף **לקבל עליו**

אחריות לשלם מביתו אם יופסדו, בזה ס"ל **דדמיא להלואה** ואסור. וסברת החולקים על החוו"ד הוא, היות ששותפים הם ושניהם הטילו לכיס, יכולים להתנות ביניהם כמו שירצו, אבל גם הם מודים דהיכא שקיבל עליו המתעסק **הפסד כל הממון, דאסור**. שאז דומה יותר להלואה. (עיין בצל"ח).

היוצא לנו מכל הנ"ל שבנידון דידן אסור לצד ב' לתבוע הריוח משום דכל העסק היה קרוב לשכר ורחוק מן ההפסד ואסור.

סימן י"ב

נושא הדיון: אין שליחות לעכו"ם, איך לשנות ממלוה לפקדון

שאלה:

לפנינו התדיינו הצדדים בדו"ד שביניהם, צד א' הילווה סך של מאתים ועשרים אלף דולר (קעש) לצד ב' ובהגיע זמן הפרעון הציע לו צד ב' היות שאינו שמור כ"כ להניח מעותיו בבית וגם אינו מרויח כלום בזה, ולכן אפשר לו לתת המעות בבבנק אוקונט שלו (של צד ב') הנקרא CD Account **שהמעות שמורים בתוכו וכן מרויחים על מעותיו כשלשה אחוזים לשנה, ולכך מייחד לו מעות הללו לפרעון המילווה, והרבית שייצא מזה שייך לצד א'. ועכשיו אחר עשר שנים שהמעות עדיין מונחים שם, באו הצדדים בשאלה אם יש חשש רבית במה שצד ב' ישלם הרבית לצד א'.**

תשובה:

באיזה אופן מותר ללוות לעכו"ם ברבית ע"י שליח ישראל

איתא בטור יור"ד (קס"ח י"ג) גוי שאמר לישראל לוה לי מעות מישראל ברבית, כתב רבינו גרשום שמותר למלוה ליקח הרבית מיד ישראל השליח, אע"פ שאין שליחות לגוי, ונעשה (ופרישה שם צ"ל "דנעשה") שלוחו של המלוה להוליך מעותיו לגוי ולהביא לו משכונו. וכתב הב"י דמדברי הר"ן נראה דבלא משכון נמי שרי. וכל הראשונים שם הסכימו לזה **דכל זמן שאין אחריות על השליח אין כאן רבית** ומותר, אך הרא"ש חלוק על רוב ראשונים בנקודה אחת, וסובר שאם אחריות המשכון על השליח אז אסור. עוד הובא שם בשם הרמב"ן שאפילו אם אחריות הקרן בתורת ערב (סתם) על השליח, דמותר, ובאופן שישראל המלוה יכול לתבוע את הגוי תחילה ואינו יכול לומר לו לאו בעל דברים דידי את. ולפי"ז אם אחד רוצה להפקיד ממון בבנק על שם חבירו ולקבל הרבית מה שיתן הבנק, אם אין אחריות המעות על השני מותר, דלא נעשה כלוה ואינו אלא שלוחו של הראשון. דכל זמן שאינו באחריותו ואסור להוציאם לעצמו, לא נחשב השני כלוה, ומותר. ואפילו באופן שלא הפקיד בבנק ממש הכסף (הקעש) שניתן לו, רק משתמש השליח במעות שקיבל, ומעות אחרים שיש להשני בבנק, זה המעות מלוה לעכו"ם ועושה שליחותו, נמי מותר, דיש לומר ברגע שנתן לו המעות, מקנה ליה השליח בנק אקאונט שלו, ויצא מידי רבית, כמוכר שט"ח של עכו"ם

לחבירו כמבואר בחוו"ד יור"ד קס"ט ל"ח דמותר' כיון שאין אחריות ישראל עליו, **אף במקום שלא נתקיים המקח בקנין המועיל** וגם הוא **לא פטריה העכו"ם** מעליו בפירוש, **מותר**, מאחר שהלוקח רוצה לקיים המקח, ואינו רוצה להיות ממחוסרי אמנה, אין בו משום רבית, דהרי הוא כמקח וממכר.

איך לשנות מהלוואה לפיקדון

אולם במרדכי פרק החובל איתא (הביאו ברמ"א חו"מ קע"ו) דמי שהלוה לחבירו מעות ואח"כ א"ל יהיו בידך למחצית שכר ונאנסו בידו, חייב בכל האונסין כבתחילה, **דלא נסתלק משמירתן בדיבור בעלמא**, והביא ראי' מהאומר קרע כסותי ושבר כדי, חייב, ורמינהו עלה לשמור ולא לקרוע ואמר רבא הא דאתא לידיה בתורת שמירה וכו' אלמא היכא דאתא לידיה בתורת שמירה ואע"ג דהדר ביה ואמר ליה לקרוע לאו כלום הוא ובתורת שמירה קאי, הכי נמי בתורת מלוה קאי ולא משתנה לעיסקא. וכן נמי מביא הרמ"א שיטה זו בחו"מ שד"מ לגבי אם התנה שואל להיות כשומר חינם שמהני, דכל תנאי שומרים קיים, היינו דוקא דאתניה קודם שבאה השמירה לידו, אבל לאחר ששעבד נפשיה לא מצי לאתנויי בדברים בעלמא. ולפי דבריו אם באה לידו בתורת הלואה, בדברים בעלמא אינו יכול לשנות לעיסקא, ואז אסור למלוה ליטול הריוח משום איסור רבית, שמעות אלו לא נשתנו מעצמן לפיקדון, וא"כ כל האחריות עדיין מונח על השליח, ולא קשה מידי ממכירת שט"ח או הולך לחלוב עיזיו, דשרי אפי' בלא קנין, דהתם **דרך מקח וממכר היא**, אמרינן **דבקנין כל דהו** סגי להוציאו מאיסור רבית, אבל הכא בדברי המרדכי איירי **באה לידו בתורת הלואה**, והשתא רוצה לשנות מהלואה לפיקדון ולפטור עצמו משמירה, בדיבור בעלמא, לא מהני. (ואפשר לומר סברא אחרת בדעת המרדכי, דדוקא היכא שרוצה לשנות מכולו הלואה, לעיסקא שהוא פלגא מילוה ופלגא פיקדון אמרינן שבדיבור בעלמא לא מהני, מכיון שעדיין יש קצת הלואה בתוכו, רק רוצה לשנות חלק מהמעות לפיקדון, אז לא מהני ע"י דיבור בעלמא, אבל לשנות ממילוה, לכולו פיקדון, אולי בזה אפי' דיבור בעלמא מהני. אולם מהרמ"א שד"מ לא משמע כן).

ולכאורה יש סתירה בדברי המרדכי, שהמרדכי בפרק המפקיד ובהגוזל קמא כתב (הביאו בשו"ע יו"ד קע"ז ורמ"א בחו"מ רצ"ב) דאם הפקיד מעות אצל חבירו, והנפקד הלוום לעכו"ם יכול הנפקד לתת הרבית למפקיד ואין בו משום רבית. ורמ"א בחו"מ הביא בשם תש' הרשב"א דאם גילה דעתו שעסק לצורך בעל הפקדון או במקום שאסור להשתמש בהם, אמרינן מסתמא עסק לצורך בעל הפקדון, ואז חייב לתת הרבית למפקיד. ומהרש"ל בפ' החובל סימן ע' למד מדברי המרדכי, דמי שהלוה לחבירו ואח"כ א"ל יהיו בידך למחצית שכר ליכא איסור רבית, אפי' אם לא התנה מתחילה בכך. וזה סתירה לדברי המרדכי בפרק החובל שהבאנו לעיל. ובדברי המרדכי עצמו מבואר הטעם מה שאמרינן שהריוח מגיע למפקיד ואין בו

משום רבית, משום שלא בא לידו בתורת "הלואה". א"כ מפורש דבהלואה אסור וכן פירשו סמ"ע וש"ך.אבל קשה להבין דברי המהרש"ל.

במקום שמלוה מצווה ללוה לעשות שום דבר עם המעות, בשעה שעושה שליחותו אז נפטר מהלואתו בלי קנין

ונראה לומר בדעת המרדכי בהחובל שאם הלוה לחבירו מעות ואח"כ א"ל יהיו בידך למחצית שכר חייב בכל האונסין, **היינו דוקא שנאנסו בידו קודם שקנה או קודם שעשה שליחותו**, באופן שלא עשה שום מעשה לשנות המעות ממה שהיו, **אולם אחר שקונה הסחורה, הוא לשותפות**, או אחר שעושה שליחותו פטור וליכא אחריות אונסין על הלוה. והטעם, שאמרינן שלא נסתלק שמירתו בדיבור בעלמא וכאילו עדיין מונחים ברשותו כמו בתחילה, אבל אם אמר ליה לעשות דבר מיוחד במעות אלו, כגון להוציא המעות בשביל עסק זה, הרי בשעה שעושה עסק זה, הוא **נעשה שליח של המלוה וברגע זה נפטר מהלואה.** וכמצינו במשנה ב"מ צ"ח דאם שלח לו חובו או פקדונו ע"י שליח אם אמר לו המלוה לשלחו על ידו ונאבדו פטור הלוה. ומיושב בזה דברי מהרש"ל הנ"ל. (ועיין בנתה"מ חו"מ קע"ו בחידושים וסימן שד"מ ביאורים שמפרש המרדכי באופן אחר ומחלק אם יש עסק או מעות בעין אם לאו). א"כ בנד"ד ברגע שאמר המלוה להפקיד מעותיו בבנק נעשה כשלוחו ונפטר מהלואתו.

אמנם אפשר דאינו כן, דבנד"ד גרע טפי דלא יכול לשנות לפיקדון באמירה בעלמא, מכיון שאמר ליה לך והילווס לנכרי ברבית אפשר דלא נפקע הלואתו בהכי, כדקיימ"ל **אין שליחות לעכו"ם** וכדתניא (ב"מ ע"א) תנו רבנן מלוה ישראל מעותיו של נכרי מדעת הנכרי אבל לא מדעת ישראל כיצד ישראל שלוה מעות מן הנכרי ברבית וביקש להחזירם לו מצאו ישראל אחר ואמר לו תנם ואני אעלה לך כדרך שאתה מעלה לו אסור ואם העמידו אצל נכרי מותר וכן נכרי שלוה וכו' והגמ' הקשה שם בשלמא סיפא לחומרא אלא רישא כיון דאין שליחות לנכרי איהו ניהו דקא שקיל מיניה רביתא, וא"כ קשה אמאי אם העמידו נכרי מותר, ומשני אמר רב הונא בר מנוח משמיה דרב אחא בר איקא הכא במאי עסקינן כגון שא"ל הניחם ע"ג קרקע והיפטר. הרי **אין שליחות לעכו"ם**. ואינו דומה לשיטת רבינו גרשום שהבאנו לעיל דהתם מעולם לא היה שום אחריות על השליח רק נחשב כשליח של המלוה, משא"כ הכא **שבאה לידו בהלואה,** אפשר דלא נפטר בזה הלוה מהלואה, ואכתי איכא **איסור רבית.**

ובעל התרומות (הביאו ב"י חו"מ קכ"א) בשם הרמב"ן כתב שאין המחזיר פקדון או מלוה נפטר, אם שלח ביד קטן אע"פ שאמר ליה בעל הממון שלח, עד שישלח ביד האדם הראוי להיות שלוחו וכן בדין שלא יצאת מרשותו של שומר והרי אמרו בגיטין זרוק לי חובי אפילו קרוב לו חייב וכ"ש **ביד גוי** או קטן הלכך אינו פטור עד שיאמר לו בפירוש **שלח והיפטר.** ובשו"ע (חו"מ קכ"א) חולק על הרמב"ן שכתב שם **דפטור** הנפקד אם שלח (ע"י

פקידת המפקיד) **אפי' ע"י שליח עכו"ם**, ולמד כן מלשון הרמב"ם שכתב אפי' היה השליח קטן, וה"ה לעכו"ם ושוטה. ובקצה"ח שם הקשה דבעכו"ם בודאי צ"ל והיפטר, **מאחר שאין שליחות לעכו"ם**. (ונתה"מ דחק שם לתרץ שאה"נ אין שליחות לעכו"ם אבל הכא נפטר הלוה מטעם ערב שהמלוה מקבל עליו אחריות במה שא"ל לשלוח ע"י עכו"ם או קטן ואצ"ל והיפטר).

לוה נפטר מהלואתו מטעם מחילה ולא מטעם שליחות

ונראה ליישב קושית הקצה"ח, על פי מה דאיתא שם בגמ' בהשואל, שהקשה על המתני' היאך יכול לחייב השואל אם אמר למשאיל לשלוח ע"י עבדו, הא יד עבד כיד רבו, אמר שמואל בעבד עברי וכו' ורב אמר אפילו תימא בעבד כנעני נעשה כאומר ליה הכישה במקל והיא תבא. אפשר לומר דאה"נ שנפסקה הילכתיה כוותיה שמואל דבעבד כנעני אמרינן יד עבד כיד רבו, אך שמואל אינו חולק על עצם סברת רב, דנעשה כאומר לו הכישה במקל והיא תבא, **ומחילה היא**, וג"כ מודה שאם שילח ע"י קטן או עכו"ם שהלוה פטור בכך, רק בעבד כנעני אמרינן יד עבד כיד רבו, שעדיין מונחים ברשותו של המשאיל, ולפי"ז לא שייך ומהני מחילה, אבל בעכו"ם דעלמא שאינו עבד נתחייב השואל תיכף כשבאה ליד השליח אם אמר למשאיל לשלוח ע"י גוי, מטעם נעשה כאומר לו ואינו צריך לטעם שליחות ואפילו במקום שאין ראוי להיות שליח, דהיכא **שמלוה ישראל אמר שלח ע"י נכרי נעשה כאומר הכישה ומחילה היא ואצ"ל והיפטר**, והגמ' דאיזהו נשך איירי כשהעמידו אצל הנכרי, התם **הנכרי הוא המשלח ללוות לישראל אז צ"ל והיפטר**. הרי יש פטור מטעם מחילה אפי' במקום שאין בו דין שליחות.

היוצא לנו מזה לדינא בנידון דידן, דתיכף שאמר צד א' לצד ב' לתת מעותיו בבנק שלו נפטר מהלואתו, אפי' את"ל אין שליחות לעכו"ם, נפטר מהלואתו משום נעשה כאומר לו הכישה במקל וכו"ע מודה בזה, וא"כ מותר לו ליקח הריוח ואין בזה משום רבית.